



Consiglio di Stato

Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa

L'onere della prova nel processo amministrativo ed il polimorfismo delle tutele azionabili dinanzi al giudice amministrativo

Studio a cura di Ida Raiola, magistrato addetto all'Ufficio Studi e formazione della Giustizia Amministrativa

Coordinamento: Nicola Durante e Vincenzo Neri, coordinatore e vice coordinatore dell'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La disciplina dell'onere della prova nel processo amministrativo prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e nel codice del processo amministrativo – 3. Conclusioni.

1. Premessa

La recente introduzione, nella disciplina del processo tributario, di una disposizione che, nel regolare il riparto dell'onere della prova tra le parti, sancisce l'asimmetria delle loro posizioni, identificando specificamente gli elementi che ciascuna di esse è tenuta a dimostrare in giudizio¹, costituisce l'occasione per una rimediazione (sia

¹ L'articolo 6, comma 1, L. 31 agosto 2022, n. 130 ha aggiunto il comma 5 bis all'articolo 7 del d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546 recante Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'articolo 30 della l. 30 dicembre 1991, n. 413, secondo il quale «L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova

pure in misura limitata e sommaria) circa la regolamentazione – per come essa è dettata nel codice di rito del 2010 e trova concreta applicazione nella pratica delle aule di giustizia - dell'onere della prova nel processo amministrativo.

Il processo amministrativo e quello tributario condividono, infatti, sia sul piano della genesi storica che del dato statistico del numero dei procedimenti pendenti, la natura di rimedio impugnatorio di atti e vedono una delle parti in lite, per il ruolo istituzionale che essa è chiamata a svolgere nell'ordinamento e per la titolarità dei poteri che a tale ruolo si riconnettono, in una situazione di obiettivo vantaggio rispetto all'altra, anche sul piano dello spettro dell'attività difensive esperibili nel corso del giudizio.

La nuova disposizione ha suscitato un ampio dibattito tra gli studiosi del processo tributario² sia con riguardo ai suoi rapporti con l'articolo 2697 c.c. sia con riguardo alla sua controversa immediata applicabilità ai giudizi pendenti, sia, infine, con riguardo alla circostanza che, in virtù di essa, nel processo tributario potrebbe essere divenuta del tutto residuale l'applicabilità del principio di vicinanza della prova³.

Resta indubbio – come osservato da uno dei primi commentatori della novella⁴ - che la nuova disposizione va a puntualizzare con chiarezza “ciò che la dottrina ha da tempo affermato, cioè che nel processo tributario, con l'eccezione dei giudizi di

della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati».

² Si rinvia per gli approfondimenti sul tema a MELIS G., *Su di un tritico di questioni di carattere generale relative al nuovo comma 5-bis dell'articolo 7 D. Lgs. n. 546/1992: profili temporali, rapporto con l'articolo 2697 c.c. ed estensione del principio di vicinanza alla prova*, in *Riv. Telem. Dir. Trib.*, 19 maggio 2023 e GOLISANO M., *Su di un tritico di questioni di carattere generale relative al nuovo comma 5-bis dell'articolo 7 D. Lgs. n. 546/1992: profili temporali, rapporto con l'articolo 2697 c.c. ed estensione del principio di vicinanza alla prova*, in *Riv. Telem. Dir. Trib.*, 15 giugno 2023.

³ Sul principio di vicinanza o prossimità della prova v. nota 7.

⁴ G. MELIS, *op. cit.*; v. anche Cass. 27 ottobre 2022 n. 31878 per la quale: «è appena il caso di sottolineare che il comma 5 bis dell'articolo 7 d.lgs. n. 546/1992, introdotto con l'articolo 6 della legge n. 130/2022, ha ribadito, in maniera circostanziata, l'onere probatorio gravante in giudizio sull'amministrazione finanziaria in ordine alle violazioni contestate al contribuente [...]. Pertanto, la nuova formulazione legislativa [...] non stabilisce un onere probatorio diverso o più gravoso rispetto ai principi già vigenti in materia, ma è coerente con le ulteriori modifiche legislative in tema di prova, che assegnano all'istruttoria dibattimentale un ruolo centrale».

rimborso, l'onere di dimostrare i fatti costitutivi della pretesa – nella nuova disposizione sinteticamente indicata con l'espressione “*violazioni contestate con l'atto impugnato*” – spetta sempre al Fisco, perché è esso che fa valere una pretesa in giudizio”.

L'oggetto del processo tributario, sia di tipo impugnatorio in senso proprio (volto quindi alla caducazione di un atto dell'ente impositore o dell'agente di riscossione) sia di accertamento (nell'ipotesi in cui si chiede il rimborso di una imposta che si assume non dovuta, ma pur sempre gravando il diniego espresso o tacito di rimborso) si identifica, infatti, sempre con l'obbligazione tributaria, quindi con un rapporto obbligatorio, nel quale una parte (la parte pubblica) fa valere una pretesa creditoria e un'altra (la parte privata, il contribuente) contesta l'esistenza del credito (e correlativamente del proprio debito) o l'ammontare di quanto dovuto. Ne consegue che l'onere probatorio grava sulle parti del giudizio in maniera non dissimile da quanto avviene nell'ambito di una controversia civilistica avente ad oggetto un rapporto obbligatorio, nella quale il creditore deve provare i fatti costitutivi del credito di cui si afferma titolare (titolo, oggetto della prestazione dedotta in obbligazione, scadenza del termine previsto, avveramento della condizione o della presupposizione) e il debitore, a sua volta, deve provare i fatti estintivi o modificativi della pretesa o impeditivi del suo venire in essere.

Il rilievo appena svolto consente di approdare ad una considerazione di ordine preliminare, che, però, va ad anticipare le conclusioni che saranno tratte più in avanti: è la tipologia del rapporto dedotto in giudizio - e, quindi, i contenuti della relazione intersoggettiva all'esame del giudice - a disegnare e conformare la regola di riparto dell'onere della prova, circostanza che, alla luce del polimorfismo del processo amministrativo, che a sua volta costituisce il riflesso del polimorfismo del provvedimento amministrativo e delle posizioni soggettive che, in ragione dell'adozione o della mancata adozione di esso, vengono in essere, assume una specifica pregnanza nel senso di non consentire la piana riconducibilità delle regole del processo amministrativo a quelle adottate in ambito processualcivilistico, pur

non potendosi disconoscere a queste ultime – in sintonia con l’espressa *voluntas legis* - la funzione di parametro normativo di riferimento⁵.

2. La disciplina dell’onere della prova nel processo amministrativo prima dell’entrata in vigore del codice del processo amministrativo e nel codice del processo amministrativo

Con il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 fu realizzata per la prima volta la concentrazione in un’unica sede normativa della disciplina dell’attività istruttoria nel giudizio amministrativo; in precedenza, le disposizioni inerenti i mezzi istruttori, assumibili su iniziativa delle parti o del giudice, si rinvenivano dislocate in svariate fonti e, segnatamente, nel Testo Unico delle Leggi sul Consiglio di Stato (r.d. 26 giugno 1924 n. 624 – articolo 44), nel regolamento di procedura innanzi alle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (r.d. 17 agosto 1907 n. 642 – articoli 26 e 27), nella Legge istitutiva dei Tribunali amministrativi Regionali (l. 6 dicembre 1971 n.1034 – articoli 21, 22 e 23) e nelle successive modifiche e integrazioni di questa intervenute con il d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e con la l. 21 luglio 2000 n. 205⁶.

Alla predisposizione di una disciplina concentrata e unitaria dell’attività istruttoria non è, però, corrisposta l’individuazione, nell’ambito del processo amministrativo, di una fase istruttoria, intesa come autonoma fase processuale, logicamente e cronologicamente distinta dalle altre fasi del processo (introduzione del giudizio, incidente cautelare, rimessione in decisione, etc.), né la previsione di preclusioni istruttorie, presidiate dalla espressa comminatoria di una decadenza in caso di mancato o intempestivo svolgimento di una determinata attività processuale.

⁵ Alle disposizioni del codice di procedura civile, “in quanto compatibili o espressione di principi generali”, rinvia l’articolo 39 del codice del processo amministrativo “per quanto non disciplinato dal presente codice”; analogamente l’articolo 1, comma 2, del d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546 rinvia alle disposizioni del codice di procedura civile: “i giudici tributari applicano le norme del presente decreto e, per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile”.

⁶ Sul tema dell’evoluzione della disciplina dell’attività istruttoria nel processo amministrativo sia consentito il rinvio a I. RAIOLA, *Commento agli articoli 63, 64, 65, 66, 67, 68 e 69 del Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012, II, 1104 ss., di cui il presente lavoro costituisce rielaborazione e aggiornamento.

La disposizione di apertura del Titolo III del Libro II del codice del processo amministrativo reca un *incipit* di immediato richiamo al modello processualcivilistico («*Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti...*»), enunciando, quale principio cardine della disciplina dell'attività istruttoria nel giudizio innanzi alle corti amministrative, il principio dell'onere della prova, la cui compiuta definizione è contenuta nell'articolo 2697 c.c. («*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*»).

All'articolo 2697 c.c. si richiamano, altresì, i primi due commi del successivo articolo 64 c.p.a., secondo cui «*spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni*» (comma 1) e «*salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificamente contesti dalle parti costituite*» (comma 2), i quali vanno, secondo alcuni, a specificare e, secondo altri (preferibilmente, sul piano logico), a derogare il principio dell'onere della prova con l'enunciazione, rispettivamente, del principio di prossimità o di vicinanza della prova⁷ (in forza del quale, a prescindere dalla natura del fatto da provare, l'onere della prova incombe sul soggetto che è più prossimo, vicino, alla fonte di prova) e del principio di non contestazione (in forza del quale il giudice ha l'obbligo di assumere in decisione senza bisogno di prova i

⁷ E' controverso in dottrina se il principio della prossimità o della vicinanza della prova costituisca o meno una deroga alla regola di giudizio sancita dall'articolo 2697 c.c. (si rinvia sul punto a F.AGNINO, *Riparto dell'onere della prova e ricadute del principio di vicinanza della prova*, in *il processo civile*, 7 luglio 2022). In giurisprudenza, invece risulta nettamente prevalente l'orientamento che considera il principio in parola non una deroga, ma una specificazione della regola dell'onere della prova: «il principio di vicinanza della prova non deroga alla regola di cui all'articolo 2697 c.c. (che impone all'attore di provare i fatti costitutivi del proprio diritto e al convenuto la prova dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto vantato dalla controparte) ma opera allorché le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrono indicazioni univoche per distinguere le suddette due categorie di fatti, fungendo da criterio ermeneutico alla cui stregua i primi vanno identificati in quelli più prossimi all'attore e dunque nella sua disponibilità, mentre gli altri in quelli meno prossimi e quindi più facilmente suffragabili dal convenuto, di modo che la vicinanza riguarda la possibilità di conoscere in via diretta o indiretta il fatto, e non già la possibilità concreta di acquisire la relativa prova» (Cass., sez. III, ord., 22 aprile 2022, n. 12910).

fatti allegati in giudizio da una parte e non specificamente contestati dalla controparte costituita)⁸, entrambi elaborati in ambito processualcivilistico.

Dall'impianto del codice del processo amministrativo è, dunque, possibile dedurre che il legislatore ha designato il principio dell'onere della prova, il quale rappresenta, insieme al principio dispositivo (in senso stretto)⁹, il criterio regolatore fondamentale dell'attività istruttoria nel rito civile, come principio cardine dell'attività istruttoria anche del processo amministrativo, ma non ha potuto tralasciare quei temperamenti del principio resi necessari dalle peculiarità delle situazioni giuridiche e degli interessi costituenti l'oggetto di quel giudizio.

Peraltro, in maniera singolare, nel codice del processo amministrativo, la previsione dei mezzi di prova ammissibili (articolo 63), a differenza di quanto accade nel processo civile, precede l'enunciazione dei principi e delle regole che presidiano lo svolgimento delle diverse attività istruttorie (articoli 64 e ss.), circostanza che deve ascriversi alle modalità di stesura del codice e ai diversi rimaneggiamenti avutisi in sede di preparazione del testo normativo; inoltre, i richiami al codice del rito civile vanno intesi come comprensivi anche del rinvio alla disciplina dei mezzi di prova contenuta nel codice civile. Le norme sulle prove nel processo civile sono, infatti, collocate in parte nel codice civile (articoli 2697 e ss. c.c.) e in parte nel codice di

⁸ In forza del principio di non contestazione, attualmente disciplinato dall'articolo 115 c.p.c. come novellato dall'articolo 45, comma 14, della l. 18 giugno 2009 n.69, il giudice deve porre a fondamento della decisione i "*fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*". Si tratta, in realtà, di una regola di elaborazione pretoria che preesiste alla sua codificazione: la Corte di Cassazione era pervenuta per via interpretativa all'affermazione del principio: dapprima con riferimento al rito del lavoro (Cass., s.u., 23 gennaio 2022 n.761; Cass., s.u., 17 giugno 2004 n.11353), quindi con riferimento al rito ordinario (*ex multis* Cass., 8 aprile 2004 n.2299; Cass, 5 marzo 2009 n.5356; Cass., 18 maggio 2011, n. 10860). In particolare, il principio veniva fondato sulla lettera dell'articolo 416 c.p.c. (quanto al rito lavoro) e dell'articolo 167 c.p.c. (per il rito ordinario), imponendo tali disposizioni al convenuto di prendere posizione (rispettivamente nella memoria di costituzione o nella comparsa di risposta) sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, cosicché da tale regola si trasse la conseguenza che la mancata contestazione, a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo, costituisca di per sé adozione di una condotta incompatibile con la negazione del fatto costitutivo della domanda, la cui prova diviene perciò inutile (G.STELLA, *Il principio di non contestazione: una ricognizione dell'istituto e uno sguardo sulle questioni aperte*, www.magistraturaindipendente.it., 13 maggio 2020).

⁹ Il principio dispositivo in senso stretto ha per oggetto il potere delle parti di produrre le prove e di far decidere il giudice solo in base ad esse (con l'eccezione dei mezzi di prova introdotti ad iniziativa officiosa) e va distinto dal principio dispositivo in senso lato, che ha per oggetto il potere delle parti di proporre la domanda e di fissare il *thema decidendum* (si parla, rispettivamente, di attività assertiva e di attività asseverativa delle parti).

procedura civile (articoli 191 e ss.), secondo un criterio, adottato dal legislatore dell'epoca, che attribuisce al diritto sostanziale le disposizioni che individuano i mezzi di prova e ne fissano il valore probatorio e al diritto processuale civile quelle che descrivono le vie attraverso le quali essi sono introdotti nel processo¹⁰.

Prima dell'avvento del codice del processo amministrativo, i testi normativi, relativi al giudizio innanzi ai giudici amministrativi, prestavano scarsa attenzione all'attività istruttoria da svolgersi, ad iniziativa delle parti o del giudice, nel corso della trattazione della lite, dedicando all'argomento solo poche disposizioni. Ciò era dovuto al fatto che, di regola, prima del processo vi era già stata un'istruttoria condotta dall'Amministrazione per l'accertamento, la valutazione, anche sotto eventuali profili tecnici, di tutte le circostanze rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento finale, oltre che per la rilevazione, la ponderazione e comparazione degli interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'azione amministrativa, e che di tutte, o quasi, le attività istruttorie svolte dall'Amministrazione era rimasta una traccia documentale, che andava all'occorrenza acquisita al processo, laddove la parte privata non avesse potuto produrla, a cagione della posizione di minorità rivestita rispetto alla pubblica autorità, o l'Amministrazione non avesse spontaneamente prodotto in giudizio tutti i documenti formatisi nel corso dell'istruttoria procedimentale.

Per questa evenienza, l'articolo 44, primo comma, del T.U. delle Leggi sul Consiglio di Stato disponeva: *«Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso, riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti»*. La disposizione dava un'indicazione tassativa dei poteri istruttori nella titolarità del giudice (la Sezione), limitando il loro esercizio alla richiesta di *«nuovi schiarimenti o documenti»* o alla necessità che l'Amministrazione procedesse a *«nuove verificazioni»*; nulla era detto circa termini e modalità di ingresso nel processo della prova documentale ad

¹⁰ G. VERDE, *Profili del processo civile*, II, Napoli, 1996, 78

iniziativa di parte, attività totalmente rimessa all'iniziativa della parte privata o dell'Amministrazione. Nei soli giudizi di merito erano previsti poteri istruttori più ampi, potendo il giudice disporre qualsiasi mezzo istruttorio secondo la disciplina dettata dal regolamento di procedura del 1907 (il secondo comma del medesimo articolo 44 prevedeva: *«Nei giudizi di merito il consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura»*).

Una disciplina di maggiore dettaglio dell'attività istruttoria era, appunto, contenuta nel r.d. 17 agosto 1907 n.642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), che dedicava all'istruzione probatoria il titolo II, composto da dieci articoli (da 26 a 35), dei quali di particolare interesse sono i primi due. L'articolo 26 disponeva: *«Le sezioni giurisdizionali possono richiedere all'amministrazione e ordinare alle parti di produrre quegli atti e documenti che credono necessari per la decisione della controversia. Possono pure richiedere che l'amministrazione faccia eseguire nuove verificazioni, fissando il termine entro cui dev'essere depositata la relazione. Le parti sono, a cura dell'amministrazione, avvisate, almeno cinque giorni prima, del luogo, del giorno e dell'ora in cui si eseguiranno le verificazioni»*; l'articolo 27 si occupava invece dei poteri istruttori dei giudici della sezione quinta, titolari della giurisdizione di merito: *«La sezione quinta può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni»*. Di regola, l'attività istruttoria processuale era di esclusiva competenza del giudice, che poteva disporre diversi mezzi istruttori, salvo che, previa valutazione di opportunità da parte del presidente della sezione, la parte non fosse ammessa all'assunzione di un mezzo di prova (articolo 28, primo comma, R.D. 642/1907: *«Se una delle parti domanda l'assunzione di un mezzo istruttorio e le altre aderiscono, il presidente, qualora ne riconosca l'opportunità, dà atto alle parti della domanda ed emette le disposizioni che occorrono per l'esecuzione»*).

Non rientrava nell'attività istruttoria la produzione in giudizio del provvedimento impugnato, la cui omissione era sanzionata con l'irrogazione della sanzione della decadenza dall'impugnazione, salvo che l'omessa produzione non fosse dipesa da

impossibilità imputabile all'Amministrazione, secondo quanto sancito dall'articolo 19 del regolamento di procedura: «*La mancanza del deposito del provvedimento impugnato non importa decadenza se dipenda dall'impossibilità di produrlo a causa del rifiuto dell'amministrazione alla domanda di rilascio della copia di esso. Il rifiuto dell'amministrazione dev'essere fatto constare con verbale di ufficiale giudiziario, da depositarsi insieme col ricorso, nei modi e nel termine indicati nell'articolo precedente*».

La dottrina immediatamente colse il divario tra il regime dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo e il regime dell'istruzione probatoria del processo civile, essendo la prima tutta incentrata sull'iniziativa del giudice e la seconda su quella delle parti: nel giudizio civile, l'iniziativa della determinazione dei fatti da provare e della scelta delle prove era affidata alla diligenza e all'avvedutezza delle parti, le quali, ove non avessero dimostrato la fondatezza della pretesa o dell'eccezione, si vedevano (e tuttora si vedono) soccombenti in forza della regola di giudizio fondata sull'onere della prova; nel giudizio amministrativo, invece, era riconosciuta al giudice, pur in mancanza di mezzi istruttori introdotti o sollecitati dalle parti, un'«amplissima iniziativa» sia per accertare i fatti dedotti e inadeguatamente provati, sia per accertare fatti non dedotti, che a parere del giudice, potessero portare alla luce elementi utili per una migliore soluzione della controversia, cosicché al giudice amministrativo andava riconosciuta una «responsabilità morale» nella decisione della controversia, mai invece imputabile al giudice civile¹¹.

In realtà, come fu autorevolmente osservato, la *ratio* sottesa alla disciplina dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo era che questa rappresentasse un mero accidente del giudizio, una fase solo eventuale, e non ne costituisse, come di regola nel giudizio dinanzi al giudice civile, il momento saliente del confronto e del contraddittorio tra i soggetti processuali: l'istruttoria era, cioè, «notevolmente ridotta nel processo amministrativo» sia per la maggiore importanza che in esso assumevano le prove documentali sia per la limitazione imposta dalla legge, quantomeno nel giudizio di legittimità, al numero e

¹¹ U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, p.323 e ss.

all'efficacia dei mezzi istruttori¹². Si giunse a riconoscere al giudice amministrativo, per l'esigenza di assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico, la titolarità di «funzioni inquirenti», ossia di un'ampia facoltà di indagine e di larghi poteri discrezionali per la scelta dei mezzi di prova e per le modalità della loro esecuzione in modo da assicurare la massima possibile chiarezza e certezza intorno ai fatti sui quali il giudizio si fondava¹³.

La lettura tutta in termini inquisitori dell'istruttoria del processo amministrativo non ebbe grande seguito in dottrina, essendo, invece, largamente condiviso l'indirizzo ermeneutico che individuava il presupposto della diversità del processo amministrativo nell'*imperium* che caratterizza l'azione dell'Amministrazione e che costituisce la *ratio* che giustifica la peculiarità dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo al fine di realizzare lo scopo di ogni processo, ossia l'accertamento della verità¹⁴. Si osservava che, nello svolgimento del giudizio dinanzi al giudice amministrativo, nella concezione archetipica dell'azione impugnatoria, appariva, in tutta evidenza, la tensione tra le peculiarità di un controllo che si appunta sul modo di esercizio di un pubblico potere nel perseguimento del pubblico interesse e i valori universali che connotano la struttura del processo. In proposito, si affermava che «il processo adottato dal legislatore è aderente ad un giudizio che ha per oggetto la legittimità del provvedimento e che il preponderante valore della giurisdizione su atti ha soffocato la giurisdizione sui rapporti»¹⁵, circostanza che non ne fa esclusivamente un «processo di parti», come il processo civile, ma un processo nel quale la regola della disponibilità delle prove ad opera delle parti (nel senso che queste, nello svolgimento dell'attività assertiva, allegano i fatti rilevanti da provare e, nello svolgimento dell'attività asseverativa, articolano i mezzi di prova della cui rilevanza e ammissibilità sarà il giudice a decidere) è temperata dal metodo acquisitivo, poiché, da un lato, il giudice può disporre discrezionalmente dei mezzi istruttori per l'accertamento dei fatti allegati o comunque emersi come rilevanti nel corso della trattazione e, dall'altro, quale che sia la fonte di prova, quale che sia

¹² G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, II, Il processo amministrativo*, Milano, 1958, p.305.

¹³ G. ZANOBINI, *op.cit.*, *ibidem*.

¹⁴ E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956, p. 169.

¹⁵ F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, p. 610.

l'iniziativa (*ex officio* o *ex parte*) che ha dato luogo all'accertamento di un determinato fatto, questo giova tutte le parti del processo: «quando, infatti, la parte abbia direttamente introdotto un fatto nel processo, anche se non si possa dire che quell'introduzione sia stata fatta per un interesse comune alle parti, ma sempre nell'interesse di essa sola, tuttavia, il fatto introdotto cessa dal rimanere a disposizione di quella parte e diviene patrimonio comune dei soggetti del processo. I quali infatti possono avvalersene facendone un uso contrario all'interesse di quella parte che lo ha introdotto nel processo»¹⁶.

Secondo la prospettazione dottrinale che ha avuto maggiore fortuna sino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, elaborata pur sempre in riferimento al modello impugnatorio, il regime istruttorio del processo amministrativo va ricostruito in base al metodo acquisitivo, in cui il potere del giudice di disporre della prova «è connesso ad un dovere del cui adempimento il giudice è responsabile verso sé stesso e non verso altri (la parte)»¹⁷, dovere che si risolve nell'«assicurazione della verità al processo amministrativo»¹⁸, al quale le parti si affacciano non già in posizione di partenza egualitaria, ma naturalmente di maggiore vantaggio per una, l'Amministrazione, rispetto all'altra. Poiché «il metodo di ricerca della verità si adegua alle esigenze dei processi e così della realtà da rappresentare in quei processi, in modo che la ricerca perviene veramente alla verità, superando quegli ostacoli che sono frapposti dall'essere una tale verità una verità del presente e perciò connaturata con la vita degli uomini»¹⁹, vi è la necessità di «non porre il cittadino in condizione di svantaggio rispetto all'Amministrazione aiutandolo a superare quella mancanza di equivalenza che vi è sul terreno della realtà pratica tra lui e l'Amministrazione stessa»²⁰.

Prima dell'istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, le conclusioni della dottrina furono, dunque, nel senso che essendo, di regola, oggetto del processo amministrativo un provvedimento dell'Amministrazione, cioè di un soggetto immanentemente munito di *publica potestas*, la diversità di metodo probatorio,

¹⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, pp. 274-275.

¹⁷ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 279.

¹⁸ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 277.

¹⁹ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

²⁰ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 280.

rispetto al rito civile, aveva la funzione di consentire, mediante l'esercizio dei poteri istruttori del giudice, il superamento della posizione di diseguaglianza di fatto in cui si trovano, sul piano della disponibilità della prova, le parti private rispetto alla pubblica amministrazione, dal momento che il materiale probatorio si trova, di regola, nelle mani di questa²¹, restando, invece, assolutamente minoritario l'indirizzo interpretativo, legato ad una concezione oggettiva del processo amministrativo, che ravvisava in quest'ultimo null'altro che uno strumento per la realizzazione dell'interesse pubblico generale, posto che la tutela dell'interesse azionato dal privato mediante il ricorso poteva dirsi accordata solo ove quell'interesse si identificasse con quello della collettività del quale faceva parte il soggetto attore, la cui iniziativa processuale era perciò strumentale alla realizzazione del superiore interesse generale²².

La legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali (l. 6 dicembre 1971 n. 1034) si mosse nel solco segnato dall'orientamento dottrinale maggioritario formatosi nell'interpretazione dell'articolo 44 del T.U. delle Leggi sul Consiglio di Stato, come integrato dalle disposizioni del regolamento di procedura, prevedendo la possibilità, al quinto comma dell'articolo 23, che il presidente disponesse, all'occorrenza, incumbenti istruttori, consacrando il tal modo la coesistenza tra il principio dispositivo e il metodo acquisitivo. La dottrina evidenziò che la disposizione aveva la finalità di evitare di addossare alla parte attrice (cioè, in sostanza, alla parte privata) l'intero onere probatorio, ovvero l'onere di provare per intero i fatti dei quali essa pretendeva di trarre giovamento, con la conseguenza che per la parte fosse sufficiente, al fine poi di sollecitare eventualmente i poteri istruttori *ex officio*, introdurre in giudizio un «principio di prova»²³.

Considerazione comune tra gli studiosi era che nel processo amministrativo non esistesse un'autonoma fase istruttoria, in quanto l'istruzione era di per sé solo eventuale, evidenziandosi, in relazione all'indirizzo emerso tra le prospettive di riforma di creare un'«apposita» fase istruttoria dinanzi al presidente del collegio o ad un magistrato allo scopo designato, come «l'esperienza insegna che, nel processo

²¹ A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 376.

²² A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano 1962, 112 e ss.

²³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1976, 239.

amministrativo, in tanti casi si propone solo una questione di diritto o le stesse parti producono la documentazione necessaria e sufficiente ai fini della pronuncia. L'esperimento obbligatorio della fase istruttoria si risolverebbe allora in un ritardo e non in un acceleramento dei tempi della decisione. La fase istruttoria giustamente, pertanto, è prevista soltanto in via eventuale»²⁴.

I giudici amministrativi condivisero le conclusioni cui era giunta la dottrina maggioritaria: «l'onere della prova stabilito dall'articolo 2697 c.c. si applica nel processo amministrativo in maniera attenuata. Peraltro alla parte incombe di addurre elementi di seria consistenza, fornendo almeno un principio di prova, in difetto del quale non è consentito al giudice disporre istruttoria stante la presunzione di legittimità degli atti amministrativi (Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 1990, n. 58); «il principio acquisitivo dei mezzi di prova può essere utilizzato solo per integrare il principio generale dispositivo, vigente in tutta la materia processuale (con l'eccezione della giurisdizione penale), al fine di consentire di sopperire alla situazione di difficoltà o d'impossibilità, per la parte privata di venire in possesso degli atti e documenti della p.a.; ma non può essere surrettiziamente utilizzato per non fare applicazione del generale principio dell'onere della prova, quando la mancata produzione di atti e documenti dipenda solo dalla scelta processuale della parte interessata, non presentando per essa alcuna difficoltà l'acquisizione e la produzione degli atti e documenti medesimi» (Cons. Stato, sez. V, 08 febbraio 1995, n. 213); «il principio desumibile dall'articolo 116 comma 2, c.p.c., pur da ritenersi, in generale, applicabile al processo amministrativo, va necessariamente rapportato alla diversa realtà di tale processo, dove al principio dispositivo in ordine alla prova si aggiunge il principio acquisitivo, sul quale si fondano ampi poteri istruttori del giudice, anche in relazione alla particolare posizione processuale della parte pubblica, ben diversa da qualsivoglia parte privata evocata in giudizio. Ne consegue che il giudice amministrativo, in presenza di una inottemperanza dell'amministrazione a un suo ordine istruttorio, non può semplicemente valutare tale comportamento, in acritica applicazione dell'articolo 116 c.p.c., ma deve esperire tutti gli strumenti in suo potere per conseguire i risultati che, mediante

²⁴ R. LASCHENA, *Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 47.

l'ordine istruttorio, si era proposto di raggiungere» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 15 marzo 1996, n. 207).

L'impulso alla prima apertura del processo amministrativo, seppure limitatamente alla giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego, al modello civilistico di istruzione probatoria, venne dai tribunali amministrativi regionali (T.A.R. Piemonte, 15 luglio 1980, n.539; T.A.R. Valle d'Aosta, 21 aprile 1988, n.16), i quali sollecitarono l'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza 23 aprile 1987 n. 146, dichiarò costituzionalmente illegittimi, in relazione agli articoli 3 e 24, commi 1 e 2 Cost., gli articoli 44, comma 1, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e 26 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642 e 7, comma 1 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 nei limiti in cui li richiama, nella parte in cui, nelle controversie di impiego di dipendenti dello Stato e di enti, riservate alla giurisdizione esclusiva amministrativa, non consentono l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli articoli 421, comma 2 e 4, 422, 424 e 425 c.p.c..

Analoga questione, sollevata in riferimento alla giurisdizione di legittimità, fu invece respinta dalla Corte sul rilievo, in primo luogo, che la maggiore ampiezza possibile del sindacato sull'esercizio dei pubblici poteri non postulava necessariamente l'estensione al processo amministrativo di legittimità di tutti i mezzi di prova ammessi per altri tipi di processi, potendo questa realizzarsi attraverso una penetrante indagine sulle modalità mediante le quali è stata compiuta l'istruttoria nel procedimento amministrativo, «la cui congruità, nei limiti delle censure formulate dal ricorrente, è appunto apprezzabile in sede di sindacato giurisdizionale di legittimità, nonché in quello del successivo eventuale giudizio di ottemperanza il quale, essendo compreso nella giurisdizione di merito (articolo 27, n. 4, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054), già consente al giudice più ampi mezzi istruttori (articolo 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642)», e, in secondo luogo, che il sindacato sulle modalità con le quali il pubblico potere è esercitato deve necessariamente muovere dall'esame del complesso degli elementi che l'amministrazione ha posto a fondamento delle proprie valutazioni, «il che non esclude le opportune integrazioni che il giudice amministrativo, nell'esercizio dei suoi poteri ordinatori, può prescrivere onde pervenire nel modo più esauriente all'accertamento dei fatti su cui si fondano le rispettive pretese delle parti», per giungere alla conclusione che «la

parità processuale fra le parti è dunque assicurata e se nella esperienza pratica avviene che il giudice non esercita i propri poteri in modo da pervenire alla migliore conoscenza dei fatti, ciò non deriva per lo più dalla limitatezza dei mezzi di prova a sua disposizione, bensì dal ridotto esercizio che egli fa di detti poteri» (Corte Cost. 18 maggio 1989 n.251).

La stagione che si apre con l'entrata in vigore della legge sul procedimento (l. 7 agosto 1990 n.241) è caratterizzata da importanti e incisive novità sul piano del diritto amministrativo sostanziale, che finiranno per rendere necessaria e non più procrastinabile una riforma anche delle tecniche di tutela del cittadino nei confronti dell'Amministrazione e, conseguentemente, dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo. La codificazione di istituti come la partecipazione procedimentale, gli accordi procedimentali o sostitutivi tra l'Amministrazione e gli amministrati, l'accesso ai documenti amministrativi, nonché la proliferazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva e l'introduzione di assetti normativi, di derivazione comunitaria e fortemente connotati nel senso della specialità per talune materie come quelle degli appalti pubblici e, non ultima, l'affermazione, dapprima in via di eccezione legislativa (articolo 12 l. 19 febbraio 1992 n. 142; articolo 17 l. 15 marzo 1997 n. 59; artt. 33 e 34 d.lgs. 15 marzo 1998 n. 80) e, poi, con la solennità di una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500) della risarcibilità dell'interesse legittimo, finirono col rendere sempre più avvertita l'esigenza di approntare una strumentazione processuale adeguata alle posizioni soggettive portate alla cognizione del giudice amministrativo.

Il legislatore intervenne dapprima con il d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, il quale, all'articolo 35, prevede che nelle controversie relative a pubblici servizi e alle materie dell'urbanistica e dell'edilizia (articoli 33 e 34 del medesimo decreto), attribuite alla sua giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo potesse disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, nonché l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, oltre che della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento, con la precisazione che «l'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati,

ove occorra, nel regolamento di cui al r.d. 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio».

Più significative innovazioni al regime dell'istruzione probatoria nel processo civile furono introdotte dalla successiva l. 21 luglio 2000 n. 205, la quale prevede, in primo luogo, ad ampliare l'ambito di applicazione dell'articolo 35 d.lgs. n. 80 del 1998 a tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva; in secondo luogo, a fissare a carico dell'Amministrazione un termine perentorio di sessanta giorni decorrenti dal termine di deposito del ricorso per la produzione del provvedimento impugnato e degli atti e dei documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citato e quelli che l'Amministrazione ritiene utili in giudizio, con la previsione che, in mancanza dell'adempimento di detto onere da parte dell'Amministrazione, il presidente o un magistrato da questo delegato avrebbe provveduto ad ordinarne la esibizione; infine, con la modifica dell'articolo 44 del T.U. delle Leggi sul Consiglio di Stato, mercé la previsione, al primo comma, della consulenza tecnica fra i mezzi di prova e l'aggiunta del comma terzo, destinato a regolare l'assunzione dei mezzi istruttori («la decisione sui mezzi istruttori, compresa la consulenza tecnica, è adottata dal presidente della sezione o da un magistrato da lui delegato ovvero dal collegio mediante ordinanza con la quale è contestualmente fissata la data della successiva udienza di trattazione del ricorso»).

Principale preoccupazione della giurisprudenza fu quella, da un lato, di delimitare il campo di operatività della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo, soprattutto in relazione alla sindacabilità, attraverso tale mezzo istruttorio, della discrezionalità tecnica, e, dall'altro, di cogliere il punto di equilibrio tra l'utilizzazione di tale strumento e l'assolvimento dell'onere della prova a carico delle parti: «anche nell'ipotesi di ammissione di consulenza tecnica d'ufficio, le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente, essendo necessario che quantomeno deducano i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti» (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 13 agosto 2003, n. 1287); «anche se la giurisprudenza amministrativa si è recentemente evoluta nel senso di ammettere la sindacabilità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione, anche mediante

ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio, deve tuttavia ritenersi che per l'esercizio di questo sindacato non è sufficiente l'allegazione, da parte del ricorrente, della semplice ipotetica sussistenza di una possibile concausalità, da valutarsi sulla base di generiche circostanze addotte, ma è necessaria comunque la puntuale allegazione di specifiche circostanze idonee ad inficiare in radice la correttezza del procedimento applicativo delle regole tecniche, in modo da supportare le censure proposte» (T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 10 giugno 2003, n. 7452).

I giudici amministrativi sottolinearono altresì che l'ingresso della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo mirava, essenzialmente, alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, restando in ogni caso fermo il principio secondo cui non spetta al giudice amministrativo riesaminare le autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione, sulla base delle cognizioni tecniche acquisite (Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001 n.1247), perciò essa non poteva modificare l'oggetto del giudizio stesso e consentire al giudice di sconfinare nel merito amministrativo, e nell'ipotesi in cui erano stati espressi apprezzamenti opinabili, il giudice non poteva sostituire le scelte fatte dalla p.a. con quelle rimesse al consulente tecnico (T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 11 luglio 2002, n. 6264).

Altre due importanti novità vanno ricondotte alla l. n.205 del 2000. La prima fu l'introduzione della possibilità di proporre con istanza presentata al presidente del tribunale l'impugnativa di cui all'articolo 25, comma 5, della l. n. 241 del 1990 in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi, istituto che da uno dei primi commentatori fu designato come «accesso istruttorio», in quanto l'accesso agli atti in pendenza di ricorso si presentava come un incidente istruttorio all'interno del giudizio principale che viene deciso con un'ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio²⁵. L'«accesso istruttorio» si presentava, per alcuni versi, assimilabile all'ordinanza istruttoria ai sensi dell'articolo 21, settimo comma, l. T.A.R., dalla quale però si differenziava perché presupponeva una preventiva richiesta di accesso in via amministrativa rigettata o rimasta priva di riscontro e non

²⁵A. GRUMETTO, *Brevi osservazioni sull'istruttoria nel giudizio amministrativo dopo la legge n.205 del 2000*, in *www.Giust. civ.*, 2, 2001, 201.

era limitata ai soli atti indicati dall'articolo 21, settimo comma, l. T.A.R., ma a tutti gli atti per i quali non sussisteva un divieto di accesso²⁶.

L'altra novità venne introdotta dalla l. n.205 del 2000 in materia di motivi aggiunti, con la previsione di cui all'articolo 21, secondo comma, prima parte, della l.T.A.R., secondo la quale «*tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante la proposizione di motivi aggiunti*».

Mediante i motivi aggiunti «si individuano quelle deduzioni integrative che il ricorrente può proporre, ampliando l'oggetto del giudizio senza limite di contenuto, in relazione alla successiva conoscenza di altre parti del provvedimento impugnato o di altri atti del procedimento o di altri atti connessi al provvedimento impugnato»²⁷: viene in rilievo, in tal modo, in questo modo una situazione di oppugnabilità progressiva di provvedimenti, in relazione alla progressiva conoscenza della loro invalidità²⁸. A seguito di questa novella dell'articolo 21 della l. T.A.R., non era perciò più necessario impugnare i provvedimenti amministrativi connessi all'oggetto del ricorso giurisdizionale già proposto con ulteriori ed autonomi ricorsi al giudice amministrativo, essendo invece sufficiente gravare gli stessi con motivi aggiunti nel medesimo processo.

Ad una considerazione complessiva della portata innovativa della l. n. 205 del 2000, quest'ultima emerge in perfetta sintonia con la nuova concezione del processo amministrativo come di uno strumento che deve consentire al giudice di sottoporre al proprio sindacato tutta l'attività che la pubblica amministrazione ha posto in essere nei singoli casi concreti, valutandone nel complesso la correttezza²⁹.

I giudici amministrativi si mostrarono immediatamente sensibili alla portata innovativa di queste riforme legislative e ai riflessi che esse determinavano sul piano processuale: «non può essere sottaciuto che il principio cd. dispositivo con

²⁶ A. GRUMETTO, *op.cit.*

²⁷ C. E. GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, 31.

²⁸ C. MIGNONE, *I motivi aggiunti*, Padova, 1984

²⁹ C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, VI, a cura di Cassese, Milano, 2000, 3347; P. LOMBARDI, *Processo amministrativo ed istruzione probatoria dopo la L. 21 luglio 2000, n.205*, in *Dir. proc. amm.* 2002, I, 201.

metodo acquisitivo – operante nel processo amministrativo - trova ragione di essere in una serie sempre più limitata di ipotesi. Ed invero, il campo tradizionalmente affidato a tale peculiare distribuzione dell'onere probatorio era comunque riservato ad atti e documenti formati ovvero custoditi dall'Amministrazione, per i quali, non essendovi un immediato e generalizzato accesso da parte del privato, più difficile poteva risultare l'assolvimento dell'*onus probandi* nei rigorosi termini di cui all'articolo 2967 del codice civile. Le riforme in tema di disciplina sul procedimento amministrativo ed in tema di strumenti processuali a tutela della generalizzata accessibilità degli atti delle pubbliche amministrazioni impongono una ulteriore rimeditazione sull'inquadramento dei poteri istruttori affidati alle parti o riservati al Giudice. In presenza di una tendenziale "parità delle armi" fra cittadino e pubblica amministrazione, deve trovare massima espansione possibile il criterio della "vicinanza della prova", onde può ritenersi che il privato è tenuto solo ad allegare un principio di prova, spostandosi, per il resto, a carico dell'amministrazione l'onere di fornire la prova contraria alle deduzioni esposte in domanda e di dimostrare la legittimità dell'atto impugnato, quando emerga una reale difficoltà (giuridica e non di mero fatto) ad accedere alla fonte di prova che la parte privata vuole introdurre nel giudizio» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 3529).

A fronte delle solenni enunciazioni del principio dell'onere della prova o del principio dispositivo contenute nel codice del processo amministrativo, non è mancato chi ha osservato che nulla sembra cambiato rispetto alla visione tradizionale "benvenutiana" dell'istruttoria e ai poteri riconosciuti al giudice amministrativo di disporre *ex officio* le integrazioni istruttorie destinate a completare il principio di prova offerto dalla parte privata.³⁰

In maniera analoga, parte della giurisprudenza amministrativa si orientò per una lettura delle disposizioni del codice in una linea di continuità con la precedente concezione dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo: «è da ritenere che il consolidato principio dispositivo con metodo acquisitivo, che ha

³⁰ R. VILLATA in A. ROMANO – R. VILLATA, *Resoconto del Seminario su Libro Secondo (Il processo amministrativo di primo grado) svoltosi il 9 aprile 2010 a Messina, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina*, in www.giustamm.it.

caratterizzato il processo prima dell'introduzione del codice, abbia ricevuto un'importante precisazione, con l'introduzione, secondo gli articoli 63 e 64 c.p.a., di un onere probatorio pieno per le parti che abbiano la disponibilità degli atti. Sicché la potestà del g.a. di disporre gli opportuni mezzi probatori è meramente residuale e circoscritta alle sole ipotesi in cui la parte diversa dall'Amministrazione non abbia la disponibilità degli atti posti a fondamento delle doglianze trasfuse nel giudizio o necessiti la prova che atti di parte siano stati dalla stessa acquisiti» (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 01 agosto 2011 n. 2044); «nel processo amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (articolo 64, comma 3, codice del processo amministrativo), il sistema probatorio è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, il quale comporta l'onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori e ciò, per l'appunto, è contemplato dal "sistema" proprio in quanto il ricorrente, di per sé non ha la disponibilità delle prove, essendo queste nell'esclusivo possesso dell'amministrazione ed essendo quindi sufficiente che egli fornisca un principio di prova» (Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 2011 n. 924).

Tuttavia, non può negarsi che il lemma iniziale del primo comma dell'articolo 63 (*«fermo restando l'onere della prova a carico delle parti...»*) è emblematico di una scelta di campo del legislatore, che ha voluto far risaltare la centralità dell'attività assertiva e asseverativa delle parti rispetto ai poteri istruttori pur sempre riconosciuti al giudice: si è trattato di un cambio di prospettiva che risponde alla tendenza evolutiva del processo amministrativo, il quale, discostandosi dall'unico schema processuale originario, è approdato ad un pluralità di modelli processuali, cui corrisponde la pluralità di azioni esperibili in giudizio (azione di annullamento, azione di condanna, azione di accertamento).

Sul punto l'Adunanza Plenaria aveva osservato: «in definitiva, l'architettura del codice ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Di qui la trasformazione del giudizio

amministrativo, ove non si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata» (Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n.15).

Della disposizione dell'articolo 63, comma 1, c.p.a. va fatta una lettura sistematica e coordinata con l'articolo 40, comma 1, lett. c) c.p.a., che annovera, tra i contenuti del ricorso, anche l'esposizione sommaria dei fatti, i motivi specifici sui cui si esso fonda, l'indicazione dei mezzi di prova e dei provvedimenti chiesti al giudice, norma a sua volta ispirata all'articolo 163 c.p.c. (Contenuto della citazione), terzo comma, nn. 4) e 5), che prescrive, tra i contenuti dell'atto di citazione, «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni» e «l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione». Nonostante l'indubbia assonanza tra le disposizioni richiamate, esse si iscrivono in un due contesti normativi affatto diversi, l'uno, quello processualciviltistico, che vede il processo contrassegnato dalla scansione temporale di una pluralità di udienze da ricondursi a fasi processuali diverse (introduzione, trattazione, istruzione in senso stretto, decisione), presidiate ciascuna, mediante l'espressa previsione di decadenze, da preclusioni istruttorie; l'altro, quello del processo amministrativo, ancora caratterizzato dalla tendenza a risolvere in un numero esiguo di udienze e, frequentemente, in un'unica udienza di trattazione tutta l'attività processuale da svolgere.

La giurisprudenza che, per prima, si occupò del nuovo contesto normativo dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo, ritenne che, nonostante la mancata previsione di termini di decadenza entro i quali articolare le richieste istruttorie, «l'impianto del nuovo codice sembra...presupporre che prima della udienza di discussione le parti abbiano già esercitato le proprie facoltà relative alla allegazione ed alla prova dei fatti. In tal senso milita la norma secondo cui esse possono produrre i documenti entro quaranta giorni prima della udienza di

discussione e le memorie entro 30 e 20 giorni prima di tale data (articolo 73, comma 1) e soprattutto la disposizione secondo cui nella predetta udienza è consentita solo una discussione espressamente qualificata dal codice come “sintetica” (articolo 73, comma 3) proprio sul presupposto che la trattazione del ricorso sia già compiutamente avvenuta per iscritto. A ciò si aggiunga che la capitolazione della prova e la indicazione dei testi in udienza comporterebbe la necessità di rinviare la trattazione del ricorso tutte le volte che controparte chieda di poter controdedurre (essendo a tal fine necessario consultare il cliente sulle circostanze dedotte anche per il reperimento dei testi da citare a controprova), con conseguente allungamento dei termini processuali che, invece, la disciplina del nuovo codice ha voluto mantenere contratti prevedendo che l’udienza di discussione debba essere preceduta da una trattazione scritta. Peraltro, alla irrituale deduzione della prova testimoniale non può sopperire il giudice attraverso l’esercizio dei suoi poteri officiosi» (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 30 maggio 2011 n.1374).

3. Conclusioni

La volontà degli estensori del Codice del processo amministrativo di avvicinare quanto più possibile il processo amministrativo al modello processualcivilistico risulta palese dalla nomenclatura che si scelse di utilizzare soprattutto in tema di attività istruttoria, ma tale determinazione appare oltre che non particolarmente perspicua con riguardo alla pluralità delle posizioni soggettive oggetto della giurisdizione amministrativa (che si esplica come cognizione su interessi legittimi, di variabile contenuto, e, in via di eccezione, ma di certo non in via residuale, su diritti soggettivi³¹), anche antistorica, ove si consideri che gli stessi studiosi del processo civile discorrono di una «erosione del principio dell’onere della prova» come enunciato dall’articolo 2697 c.c. e come tradizionalmente inteso.

Si è osservato³², infatti, come la regola dettata dall’articolo 2697 c.c. non corrisponda più alla realtà del processo, per quanto concerne la ripartizione

³¹ Per il rapporto di *species* a *genus* tra la giurisdizione esclusiva e la giurisdizione generale di legittimità, come previsto dall’art. 103 Cost., si rinvia alla fondamentale e già richiamata pronuncia della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204.

³² S. PATTI, *Onere della prova: l’erosione di un’antica regola*, in www.juscivile.it, 2023, fasc. 1.

dell'onere della prova, rinvenendosi nella giurisprudenza l'ampio utilizzo di uno strumentario tecnico per pervenire alla decisione che fa capo: a) ad inversioni dell'onere della prova di «creazione» giurisprudenziale, spesso mediante la costruzione, più o meno formale, di presunzioni semplici ex articolo 2729 c.c.; b) alla regola della «vicinanza alla (o della) prova», per la quale è difficile trovare una sia pur debole base normativa; c) al parametro del «più probabile che non» o, addirittura, a quello della c.d. probabilità prevalente.

Infatti, nel caso della inversione dell'onere, il giudice, ignorando l'articolo 2697 c.c., dispone gli oneri probatori delle parti sulla base della mera ragionevolezza dell'ipotesi affermata; nel caso, invece, delle sentenze che distribuiscono l'onere in base al criterio della c.d. vicinanza alla (o della) prova vengono in rilievo esigenze di buon senso e di ragionevolezza, evidenti soprattutto in alcuni settori, come, ad esempio, nell'ambito dei rapporti obbligatori³³; infine, nel caso del criterio di giudizio basato sul parametro del “più probabile che non”, si assiste ad un vero e proprio «abbassamento» dello standard di prova richiesto, dal momento che tutte le volte in cui il giudice ritiene sufficiente che la prova soddisfi il parametro del «più probabile che non», o addirittura quello della c.d. probabilità prevalente, non applica l'articolo 2697 c.c., che avrebbe invece imposto di respingere la domanda (o l'eccezione), ma richiede alla parte di dimostrare soltanto un certo «grado» di

³³ S. PATTI, *op. cit.*, osserva in proposito: «il criterio (o principio) della vicinanza alla prova non è estraneo al tessuto normativo in materia di prove e, ad esempio, può servire per spiegare la regola contenuta nell'articolo 1218 cod. civ. riguardo all'imputabilità dell'inadempimento. La norma, infatti, assegna al debitore l'onere di provare che l'impossibilità della prestazione è derivata da causa a lui non imputabile. Si ammette anche che il debitore possa dimostrare la non imputabilità quando la causa non sia identificabile. Il criterio di vicinanza alla prova non comporta quindi che il debitore debba provare in termini positivi la non imputabilità. Nella fattispecie sopra indicata può scorgersi quindi una eccezione alla regola generale posta dall'articolo 2697 cod. civ., ma si tratta di una eccezione prevista dalla legge. Una significativa (e condivisibile) utilizzazione del criterio, elaborata invece dalla giurisprudenza, si riscontra – ad esempio – in materia di vizi della cosa oggetto della vendita. La sentenza Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, ha infatti modificato sul punto il precedente posto dalla nota Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, secondo cui incombe sul venditore l'onere di provare la mancanza di vizi al momento della consegna del bene. La decisione più recente, che ha accolto la diffusa tesi secondo cui la garanzia per i vizi non configura una obbligazione del venditore, ha seguito – con maggiore rigore – il criterio della vicinanza alla prova, essendo certamente l'acquirente, che ha ricevuto la consegna del bene, nella migliore condizione per dimostrare l'esistenza dei vizi. Nella motivazione si legge infatti che «il principio di vicinanza alla prova induce a porre l'onere della prova dei vizi (stessi) a carico della parte che, avendo accettato la consegna della cosa, ne abbia la materiale disponibilità»».

probabilità del verificarsi del fatto allegato, grado che il giudice dovrà considerare sufficiente per ritenere fornita la prova.

In definitiva, non è più richiesto al giudice di pervenire al convincimento della verità – sia pure intesa come «certezza morale», per usare un’espressione diffusa nella nostra dottrina – ma semplicemente accertare, in base alle prove fornite dalle parti, se (la sussistenza di) una certa fattispecie presenti un certo grado di probabilità, cosicché il permanere di un’area di dubbio è considerato in un certo senso fisiologico³⁴.

A fronte della evidenziata formulazione codicistica delle regole che presiedono l’attività istruttoria nel processo amministrativo e, quindi, della previsione di un regime unitario dell’onere della prova, senza alcuna distinzione tra le controversie che abbiano ad oggetto interessi legittimi e controversie che abbiano ad oggetto diritti soggettivi, si è ricordato³⁵ che sarebbe, comunque, possibile concepire in maniera differenziata il rispettivo regime probatorio, in quanto «sebbene formalmente non vi sia differenza di regime tra diritti soggettivi e interessi legittimi, e tra i diversi tipi di giurisdizione, tuttavia nella normalità dei casi, se il contenzioso verte su interessi legittimi, la disponibilità delle prove, essenzialmente documentali, è nella sfera della p.a., il che giustifica un maggiore intervento del potere istruttorio d’ufficio. Invece, se il contenzioso verte su diritti soggettivi, e segnatamente se si tratta di contenzioso risarcitorio, la parte privata ha la disponibilità delle prove e dunque l’onere della prova, con conseguente minor spazio per il potere di soccorso del giudice».

In particolare, nel caso di contenzioso su interessi legittimi, la disponibilità delle prove, quasi esclusivamente documentali, è nella sfera dell’Amministrazione, cosicché la mancata o incompleta produzione in giudizio dei documenti formati nel corso dell’istruttoria procedimentale varrebbe a giustificare un maggiore intervento del potere istruttorio d’ufficio, dal momento che l’amministrato, nonostante la possibilità di avvalersi dell’istituto dell’accesso procedimentale ai sensi della l. n.

³⁴ S. PATTI, *op.cit.*

³⁵ R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, 2023, 923.

241/1990, potrebbe incontrare in via di fatto difficoltà a procurarsi in tempo utile gli atti del procedimento e finanche una copia del provvedimento.

Sul tema è, però, necessaria una precisazione che sgombri il campo da ogni possibile equivoco circa l'oggetto della cognizione nei giudizi di responsabilità dell'Amministrazione per il caso di adozione di un provvedimento illegittimo: non è questa un'ipotesi riconducibile a fattispecie di giurisdizione esclusiva, venendo in rilievo un pregiudizio subito non già da un diritto soggettivo, ma da un interesse legittimo, il cui spettro di tutela si è arricchito, a seguito della richiamata pronuncia delle Sezioni Unite del 1999, di un'ulteriore tecnica di tutela, rappresentata dalla possibilità di richiedere – oltre alla tradizionale tutela caducatoria - il risarcimento del pregiudizio patito, secondo quanto precisato dalla Corte Costituzionale con le pronunce del 6 luglio 2004, n. 204 e dell'11 maggio 2006, n. 191³⁶.

Ne consegue che, nel giudizio amministrativo su interessi legittimi, sarebbe comunque ancora il principio dispositivo con metodo acquisitivo a regolare l'onere probatorio, il quale, con riguardo alla parte privata, risulterebbe assolto – in linea di continuità con l'impostazione tradizionale - dalla sola allegazione del principio di prova. In tal senso è, del resto, consolidato l'orientamento dei giudici amministrativi deducibile dalle seguenti massime: «nell'ambito del processo amministrativo, l'onere della prova spetta al ricorrente, sussistendo tuttavia alcuni temperamenti relativi alla disparità di posizioni delle parti processuali, di conseguenza, in sede di legittimità, vige il principio dispositivo con metodo acquisitivo, potendo il giudice amministrativo contribuire all'acquisizione delle

³⁶ Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004 n. 204: «[...] il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.».

prove in giudizio, in base delle richieste del ricorrente che introduca anche elementi parziali a suffragio dell'essenza della prova e della sua rilevanza in giudizio» (Cons. Stato, 22 giugno 2022 n. 5146); «nel processo amministrativo il sistema probatorio è retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova, tuttavia, in mancanza di una prova compiuta a fondamento delle proprie pretese, il ricorrente deve avanzare un principio di prova perché il giudice possa esercitare i poteri istruttori» (T.A.R. Lazio, sez. III, 30 settembre 2022, n. 12420)

Laddove viene in considerazione non una posizione di supremazia dell'amministrazione, ma un rapporto paritario (o paritetico) tra le parti, e dunque una controversia su diritti soggettivi, rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, troverà piena applicazione la regola di giudizio fondata sull'onere della prova³⁷ o anche, della vicinanza della (o alla) prova, sia che quest'ultima regola sia intesa come specificazione o come deroga al principio formulato dall'art.2697 c.c.; viceversa, se la controversia riguardi interessi legittimi – e ciò sia nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità che della giurisdizione esclusiva - prevale l'orientamento che vuole applicabili le tradizionali regole proprie dell'istruttoria del processo amministrativo, caratterizzata, come si è innanzi illustrato, dall'onere del principio di prova e dal frequente esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice, in quanto diretto a riequilibrare la diseguale posizione in cui vengono a trovarsi le parti rispetto alla materiale disponibilità degli strumenti probatori.

³⁷ Cfr. «L'onere della prova in materia di giurisdizione esclusiva non può che gravare integralmente sul ricorrente, posto che lo stesso fa qui valere un diritto soggettivo, di guisa che non vi sarebbero ragioni plausibili per applicare la diversa regola, propria della giurisdizione generale di legittimità, del cosiddetto "principio di prova" da fornire da parte dell'interessato, suscettibile di attività istruttoria integrativa ad iniziativa del giudice» (Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 2015, n.1052); «È facoltà del giudice acquisire d'ufficio la documentazione che sia ritenuta necessaria e rilevante ai fini del decidere, anche laddove essa sia stata depositata tardivamente dalla parte, potendo supplire in tal caso il potere officioso del giudice stesso, in linea con il principio acquisitivo che connota parzialmente il giudizio amministrativo (c.d. principio dispositivo attenuato dal metodo acquisitivo). Tuttavia, tale facoltà, se vale nel processo impugnatorio e in sede di giurisdizione di legittimità, certo non può operare nel giudizio, in cui il T.A.R. giudica in sede di giurisdizione esclusiva come quello del caso di specie che si incentra su di un dedotto inadempimento di una convenzione in essere tra le parti e, dunque, involge situazioni soggettive paritetiche (diritti e obblighi intestati alle parti contrapposte); in tal caso si riepande il principio dispositivo puro, che governa il giudizio su diritti e il correlativo principio dell'onere della prova, secondo cui è chi fa valere il diritto che deve provarne i fatti costitutivi» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8 gennaio 2019, n.250).

Va, però, evidenziato che, con riguardo alle azioni di responsabilità per fatto illecito dell'Amministrazione³⁸, cagionato dall'adozione di un provvedimento amministrativo illegittimo, pur vertendosi in tema di interessi legittimi e in una fattispecie in cui si è svolta l'istruttoria procedimentale, l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa è addirittura granitico nel richiedere il pieno assolvimento dell'onere della prova da parte del danneggiato, ciò verosimilmente sulla base di una presupposta integrale assimilazione alla disciplina del fatto illecito civile anche sul piano dell'*onus probandi* : «in base al principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., ai fini del risarcimento dei danni provocati dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo, il ricorrente deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il principio acquisitivo *in subiecta materia*. L'azione risarcitoria innanzi al giudice amministrativo non è retta dal principio dispositivo con metodo acquisitivo, tipico del processo impugnatorio, bensì dal generale principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. e all'art. 115 c.p.c., per cui sulla parte ricorrente grava l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti della domanda, al fine di ottenere il riconoscimento di una responsabilità dell'Amministrazione per i danni derivanti dall'illegittimo ed omesso svolgimento dell'attività amministrativa di tipo autoritativo. Al mancato assolvimento dell'onere probatorio, peraltro, non può porre rimedio il giudice amministrativo avvalendosi della consulenza tecnica d'ufficio, che non è un mezzo di prova, ma è volto a fornire al giudice un ausilio tecnico per la valutazione di

³⁸ Non è questa la sede per riferire dell'ampio dibattito insorto sia nella dottrina che nella giurisprudenza, una volta affermata, a partire dalla fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22 luglio 1999 n.500, la risarcibilità dell'interesse legittimo, circa la natura della responsabilità da fatto illecito della Pubblica Amministrazione ovvero se questa responsabilità sia senz'altro riconducibile al modello civilistico dell'illecito aquiliano oppure sia connotata da tratti di specialità, per l'irriducibilità dell'*agere* amministrativo (di un attività o di una inerzia connotata dalla titolarità di una *publica potestas*) ad una condotta privatistica, ma mette conto di rammentare che l'organo nomofilattico della giurisprudenza amministrativa si è espresso nel senso che «la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano (e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale); è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato e non anche il criterio della prevedibilità del danno» (Cons. Stato, a.p., 23 aprile 2021, n.7).

circostanze e fatti già acquisiti e dimostrati dalla parte» (Cons. Stato, IV, 24 aprile 2023, n.4137).

Peculiarmente, nell'ambito di questa tipologia di contenzioso, si assiste talvolta, in particolare sul piano della prova dell'elemento soggettivo dell'illecito, all'applicazione di meccanismi di inversione dell'onere della prova: «nell'ipotesi della responsabilità aquiliana «provvedimentale» l'elemento soggettivo è, in linea di principio giurisprudenziale «costruttivo», ordinariamente presunto, cioè attribuito in base ad un'inversione dell'onere della prova; tale generale criterio, nondimeno, esclude la responsabilità dell'amministrazione a fronte di una causa oggettiva di non imputabilità della condotta «inadempiente» qual è, tipicamente, l'ipotesi dell'errore scusabile e come tale oggettivamente riconoscibile [...]» (Cons. Stato sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 285)³⁹.

Non è mancato chi, volendo ricondurre ad unità il quadro della disciplina dell'onere della prova nel processo amministrativo, ancor prima dell'entrata in vigore del codice di rito del 2010, affermava l'identità delle regole processuali in materia di poteri istruttori del giudice sia in caso di controversia vertente sugli interessi legittimi che di controversia vertente sui diritti soggettivi, segnando il tratto differenziale tra le due tipologie di liti nella sola circostanza che, nell'ipotesi di controversia in materia di diritti soggettivi, andrebbe valutato con maggiore rigore l'assolvimento dell'onere della prova in relazione a fatti che sono nella disponibilità del privato⁴⁰.

Si tratta, quest'ultima, di una posizione che si apprezza per l'equilibrio e che vale a suggerire il criterio di orientamento dell'interprete che, muovendo dalla formulazione letterale degli articoli 63 ss. c.p.a., voglia saggiarne in qualche modo l'attendibilità alla luce della concreta esperienza del processo amministrativo.

A fronte della solenne affermazione – in apertura delle disposizioni che governano l'attività istruttoria nel processo amministrativo – del principio dispositivo e della inequivoca intenzione degli estensori del codice del processo amministrativo di

³⁹ Cfr. in termini anche T.A.R. Catania, sez. IV, 14 febbraio 2008, n.251; T.A.R. Lecce, sez. I, 21 dicembre 2006, n.6040; T.A.R. Catania, sez. II, 20 agosto 2004, n.2265.

⁴⁰ G. LO PRESTI, *L'istruttoria*, in AA.VV., *Codice della giustizia amministrativa*, (a cura di MORBIDELLI), Milano 2005, 614.

dare efficace attuazione all'articolo 44 l. 18 giugno 2009 n. 69, che aveva attribuito al legislatore il compito di coordinare le nuove disposizioni finalizzate al «riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato» con le norme del codice di procedura civile «in quanto espressione di principi generali», non può non convenirsi che l'operazione sia stata condotta verosimilmente senza la necessaria consapevolezza delle «tensioni sottese ai testi richiamati e riprodotti, [...] dell'oggetto del trapianto e dei rischi che questo può implicare»⁴¹.

Si è ribadito che, già in ambito civilistico, la regola dell'onere della prova, pur essendo generalmente riconosciuta come valida in linea di principio, subisce delle deroghe «in numerose situazioni, e per varie ragioni. Talvolta si tratta di rendere più agevole la tutela dei diritti di soggetti che vengono considerati come particolarmente “deboli”, e che si troverebbero in grave difficoltà – o addirittura nell'impossibilità – di fornire la prova dei fatti su cui fondano le loro pretese; altre volte emerge l'esigenza di far sì che a fornire la prova sia la parte che ne è in possesso o che può procurarsela più facilmente; altre volte ancora si avverte l'esigenza di riequilibrare – all'interno del processo – situazioni caratterizzate da una rilevante differenza di possibilità difensive esistente tra le parti. Molte volte, inoltre, si prende in considerazione una combinazione di ragioni diverse, tra cui quelle che si sono ora richiamate»⁴².

Ciò posto, non può certo dubitarsi che nel processo amministrativo, anche dopo la codificazione, residua spazio non trascurabile per un siffatto potere officioso, dovendo l'interprete solo rinvenire le ragioni che possano giustificare l'esercizio dei poteri istruttori *ex officio* e la conveniente misura di tale esercizio. Indagine, quest'ultima, che va, però, condotta nella consapevolezza della diversa funzione che la prova svolge nel processo amministrativo rispetto a quello civile: nel primo caso, più che scoprire la verità di un fatto, v'è da accertare la legittimità di un provvedimento, sicché «il giudice amministrativo deve verificare se l'interesse

⁴¹ G. COSTANTINO, *Note a prima lettura sul codice del processo amministrativo. Appio Claudio e l'apprendista stregone*, in *Foro it.*, 2010, V, 238, il quale osservò icasticamente: «il codice si manifesta, anche ad una prima lettura, destinato più a rilanciare l'editoria giuridica ed il turismo processuale, con la pubblicazione di testi di commento e la organizzazione di convegni ed incontri sul tema, piuttosto che a contribuire a regolare lo svolgimento del processo innanzi ai giudici amministrativi».

⁴² M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma –Bari, 2009, 230.

pubblico si sia realizzato conformemente alla legge e questo rende le sue valutazioni diverse da quelle del giudice civile», giustificando la modificazione dei suoi poteri «secondo un tipo di processo che può essere strumento di verità limitatamente alla verifica della legittima conduzione del procedimento e non già sotto l'aspetto dell'accertamento dei fatti secondo il loro effettivo svolgimento»⁴³.

Non v'è dubbio, in altri termini, che un processo, come quello amministrativo, in cui si decide la controversia sulla base di una valutazione della legittimità dell'esercizio di un potere, presenta alcune caratteristiche che lo differenziano rispetto al normale processo civile, che ha un contenuto essenzialmente patrimoniale ed attiene ad interessi disponibili⁴⁴. Ecco allora che è la stessa natura pubblicistica del processo amministrativo, il quale risente inevitabilmente delle conseguenze derivanti dal particolare valore sociale impersonato da una parte (l'amministrazione), *ergo* la sua naturale finalizzazione al raggiungimento di una decisione giusta, ad impedire che la determinazione della realtà processuale possa essere demandata in via esclusiva alle parti e a giustificare, quindi, l'attribuzione al giudice di un potere di acquisizione che gli consenta, ove necessario, di assumere l'iniziativa per la ricerca dei fatti su cui fondare la propria decisione, così da garantire che l'attività da esso svolta sia finalizzata alla scoperta della verità⁴⁵ nei termini e nei limiti, come poc'anzi precisato, in cui essa è accertabile nel processo amministrativo.

⁴³ C. LAMBERTI, *Disponibilità e onere della prova* su: «La disponibilità della domanda nel processo amministrativo» - Roma, 10-11 giugno 2011), 16-17 e 21-23 del dattiloscritto, come citato da F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in www.giustamm.it, n.7/2012.

⁴⁴ F. SAITTA, *op.cit.*

⁴⁵ F. SAITTA, *op. cit.* L'Autore osserva che analogamente accade nel processo del lavoro istituzionalmente finalizzato all'accertamento di diritti (spesso) indisponibili, nel quale si ritiene che il giudice, quando le risultanze di causa offrano significativi dati e spunti di prova, non possa limitarsi a fare meccanica applicazione della regola dell'onere della prova nel caso in cui reputi insufficienti le precisazioni e le prove già acquisite, ma debba provvedere d'ufficio agli atti istruttori emergenti dal materiale di causa ed idonei a superare l'incertezza sui fatti dedotti, senza che a ciò osti il verificarsi di decadenze e/o preclusioni in danno delle parti.