

Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento.

di GIULIO VELTRI (Consigliere di Stato)

SOMMARIO: 1. Il principio dispositivo con metodo acquisitivo, ante codice; 2. Le novità del codice del processo: in particolare sull'onere probatorio; 3. I fatti costitutivi della pretesa: onere del ricorrente e poteri del giudice; 4. La posizione della giurisprudenza e le ragioni di una rimediazione; 5. Il rapporto tra il potere istruttorio di cui all'art. 64 comma 3, e le richieste officiose di chiarimenti previste dall'art. 63 comma 1; 6. ...e le ordinanze in tema di accesso in corso di causa; 7. I fatti impeditivi o estintivi a fondamento delle eccezioni della parte pubblica; 8. L'argomento di prova.

1. Il principio dispositivo con metodo acquisitivo, ante codice

Nel processo amministrativo c'è sempre stato, rispetto a quello civile, ampio spazio per l'iniziativa istruttoria officiosa, tradizionalmente giustificata dal cd metodo acquisitivo, operante accanto al generale principio dispositivo, secondo le modalità per tempo indicate dalla più autorevole dottrina¹

¹ Il riferimento non può che essere alla monografia di BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, le cui tesi sono dal medesimo autore riprese nella voce *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 204 e ss.. Successivamente, e prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, la tematica è stata trattata a livello monografico da, MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977; VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991; e, da ultimo, GALLO C.E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994. Numerosi e stimolanti anche gli articoli e saggi di dimensione minore, tra i quali si ricorda ad es. ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1985, 504 ss.; ACQUARONE, *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, in questa *Rivista*, 1988, 155 ss. ANDREANI, *L'istruzione nel processo davanti ai Tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive*, in questa *Rivista*, 1984, 479 ss., CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, *ivi*, 1993, 241 ss.; CARAMAZZA, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Rass. Adv. Stato*, 1980, 44 ss.; DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 1992, 276 ss. DE LISE, *La prova nelle procedure delle giurisdizioni amministrative*, in *Cons. Stato*, 1974, II, 954 ss.; LASCHENA, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1983, 1803 ss.; LASCHENA, *Profili costituzionali dell'istruzione nel processo amministrativo*, in *Studi per il centenario della IV Sezione*, Roma, 1989, 769 ss.; LUGO, *Considerazioni sull'istruzione nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1977, 413 ss.; LUGO, *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1055 ss.; MARCHIANÒ, *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 157 ss.; MIGLIORINI, *I problemi dell'istruzione nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 1988, 27 e ss.; MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990; SALVATORE, *Il sistema probatorio del processo amministrativo e le direttrici della riforma*, in *Scritti Nigro*, Milano, 1989, 517 ss.; SANTANIELLO, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano*, in *Riv. amm.*, 1985, 487 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA V., *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 1984, 7 ss.; STELLA RICHTER P., *La riforma del sistema delle prove nel processo amministrativo*, in *Giust. civ.*, 1984; VIVENZIO, *Ampliamento dei poteri istruttori, processo amministrativo, connotati della giurisdizione*, in *Quad. reg.*, 1986, 70 ss. Cfr. poi CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 665 ss.; CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, 344 ss.; PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 492 ss. SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986, 343 ss.; VERBARI, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1992, 60 ss.; VIRGA P., *Principi di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1992, 393 ss.; VILLATA "Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento", in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 195 e ss. Dopo il Codice del processo, si veda Romano Tassone, *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice*, Relazione tenuta in occasione del Convegno di studi "Giustizia amministrativa: garanzie costituzionali e principi del diritto dell'Unione europea", Teramo, 21 ottobre 2011, in corso di pubblicazione; Quaranta-Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo — Commentario al D.Lgs. n. 104/2010*, Milano, 2010; Leone-Saltelli-Maruotti, *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010; Sassani, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it,

Una rapida rassegna della dottrina disvela l'esistenza di alcune affermazioni ricorrenti, costituenti indiscussi punti fermi in tema di istruttoria e prova nel processo amministrativo, che costituiscono per tutti gli autori l'esplicito od implicito presupposto da cui i medesimi muovono sia per risolvere i dubbi ermeneutici che per proporre nuove prospettive de iure condendo.

La prima di tali affermazioni mira a evidenziare come il processo amministrativo risulti caratterizzato, appunto, dal metodo acquisitivo: la disuguaglianza esistente sul piano sostanziale fra privati e pubblica amministrazione impedisce sovente ai primi di procurarsi la disponibilità del materiale di fatto necessario al processo; da qui la necessità di riconoscere al giudice poteri d'ufficio in punto di acquisizione al giudizio di fatti rilevanti ai fini della decisione: gli incumbenti istruttori ritenuti opportuni vengono posti a carico della parte che più facilmente è in grado di esperirli.

La seconda affermazione concerne l'esistenza, nel giudizio amministrativo, di un onere più lieve, consistente nel c.d. onere del "principio" di prova, anch'esso ispirato alla considerazione che la posizione di debolezza della parte privata richiede un'attenuazione dei principi vigenti nel processo civile, ed in particolare della regola secondo cui l'attore deve dimostrare la fondatezza dei fatti costitutivi della pretesa dedotta. A ciò si accompagna, anzi ne pare una conseguenza, l'accentuata rilevanza dell'ipotesi di mancata ottemperanza da parte della Pubblica amministrazione all'ordine istruttorio del giudice.

Il rafforzamento del principio del libero convincimento del giudice, collegato al depotenziamento dell'onere della prova, ed il conseguente maggior ruolo del giudice nell'istruttoria secondo il metodo acquisitivo, conduce ad esaltare la discrezionalità nell'ammissione dei mezzi di prova, sì che il giudice amministrativo appare veramente «signore della prova», secondo la nota formula di Nigro².

Se questi sono i tratti fondanti dell'assetto processuale amministrativo in punto di onere della prova ed istruttoria sino al Codice del processo amministrativo, occorre verificare se ed in che modo il varo di quest'ultimo abbia inciso.

2. Le novità del codice del processo: in particolare sull'onere probatorio

Gli esiti dell'analisi del recente codice del processo, conducono ad una piena conferma dell'onere del "principio" di prova e del metodo acquisitivo.³

La disciplina positiva, pur mantenendosi nell'alveo dei principi tradizionalmente affermati, introduce degli elementi normativi e dei temperamenti che rendono più netto il meccanismo applicativo (affidato alla sequenza onere del principio di prova/contestazione/poteri istruttori del giudice), e tendenzialmente diverse le conseguenze in caso di inottemperanza all'ordine istruttorio del giudice.

In particolare l'art. 64 cpa dispone che *"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"* precisando che *"Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonche' i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite"*.

Trattasi di una norma sostanziale, di natura omogenea rispetto all'art. 2697 Cc., a mente della quale le parti debbono fornire (elementi di) prova circa i fatti costitutivi o impeditivi, o estintivi, che siano nella loro disponibilità, con il fisiologico corollario che, in caso di mancato raggiungimento della prova, la parte onerata soccombe.

Come già accennato, però, a differenza dell'art. 2697 C.c., dall'art. 64 C.p.a. si ricava una correlazione, tipica del processo amministrativo, tra onere e disponibilità. L'onere cioè sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre.

Non solo, l'onere è soddisfatto attraverso "elementi" di prova, non richiedendosi la piena prova.

In definitiva, il criterio di riparto dell'onere probatorio non è individuato in ragione di uno schema, preconstituito ed astratto, incentrato sulla valenza dei fatti (costitutiva, ovvero modificativa o

² NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, 1967, V, 9 ss.,

³ Ne dà conferma la giurisprudenza. Consiglio di Stato, sez. IV, 11/02/2011, n. 924

estintiva) ma secondo un criterio flessibile molto simile a quello elaborato dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza n.141 del 10.1.2006 ed ispirato al principio di vicinanza della prova⁴, il cui conio è a ben vedere giustificato dalle stesse esigenze che presiedono alla disciplina del processo amministrativo: la strutturale presenza di disparità fra le parti.

In sostanza ha l'onere di provare chi è più vicino alla prova o, per dirla con le parole del codice del processo, chi ha la disponibilità della prova⁵.

L'utilizzo del termine disponibilità, nel contesto del comma 1 dell'art. 64 del codice del processo, nulla ha a che vedere con il principio di disponibilità della prova di cui all'art. 115 cpc (norma pedissequamente riprodotta, invece, dal comma 2 dell'art. 64, la quale fa dipendere la decisione della causa dalle prove che la parte sceglie di produrre): esso identifica, piuttosto, la detenzione o l'agevole accesso alla documentazione rappresentativa o, in genere, alle fonti di prova da parte del soggetto onerato. La correlazione dell'onere della prova alla materiale disponibilità della stessa o alla sua "vicinanza" è, anzi, proprio l'opposto del principio di disponibilità di matrice civilistica, nella misura in cui il secondo si ispira ad una libera volizione in ordine al *thema probandum* ed alla scelta delle fonti di prova, e la prima ad una condizione oggettiva delle fonti che limita o ostacola quella libera volizione.

E' questa la ragione per la quale, la giurisprudenza, nonostante il tenore generale ed indifferenziato della norma di cui all'art. 64 comma 1, ha tracciato un criterio di riparto ben definito e del tutto simile a quello previsto dall'art. 2697 c.c. per le azioni risarcitorie: in questi casi, infatti, diversamente che per l'azione demolitoria, la giurisprudenza ha constatato che è sempre il ricorrente che allega il danno, il soggetto più vicino alla prova, sicchè lo schema fluido dell'art. 64 ha finito per condurre, nella sua applicazione concreta, ad una regola giurisprudenziale rigidamente ancora al principio civilistico *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

Le pronunce giurisprudenziali, invero, giustificano questa posizione sottolineando la valenza generale del principio di cui all'art. 2697 c.c., e ritenendo che esso torni ad imporsi quando il binomio eccezionale, principio di prova/poteri istruttori del giudice, non sia giustificato dalla disuguaglianza di posizioni tra Amministrazione e privato (come sarebbe nelle cause risarcitorie)⁶, il che è un diverso modo di dire che, in tali cause, il ricorrente non ha, di norma, oggettive limitazioni nella disponibilità delle fonti di prova del danno, tutte attinenti alla propria sfera personale o patrimoniale.

⁴ Chiamata a decidere a chi spetti, tra lavoratore e datore di lavoro, dimostrare il requisito dimensionale dell'impresa (più o meno di 15 lavoratori) necessario per accedere alla tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, la Corte ha "ripartito il peso della prova facendo espresso riferimento al principio della riferibilità, o vicinanza, o disponibilità del mezzo, principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte Cost. 21 aprile 2000 n. 114)". Ha, per ciò ritenuto che sia il datore di lavoro a dover provare il requisito dimensionale, in quanto è per lui facilmente reperibile il materiale probatorio necessario ad assolvere il relativo onere. Sul punto D. ZONNO, I poteri del Giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova, in *Giurisprudenza di merito*, supplemento n.2, 2009, pagg 182 ss

⁵ In realtà l'unica fattispecie in cui sembra essere dettato dal legislatore un rigido riparto dell'onere probatorio è contenuta nell'art. 21 octies (Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato)

⁶ Ai sensi dell'art. 64 comma 1, c.p.a., nel giudizio risarcitorio non può trovare ingresso il metodo acquisitivo, applicato tradizionalmente al giudizio impugnatorio atteso che, nelle controversie risarcitorie, il privato ha la piena disponibilità degli elementi di prova sui quali fonda la propria domanda di condanna ed è, quindi, suo onere esclusivo introdurli in giudizio, facendosi piena applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c. Consiglio di Stato, sez. III, 30/05/2012, n. 3245; Si veda anche sul tema risarcitorio, Consiglio di Stato, sez. IV, 11/02/2011, n. 924 ; Nonché in tema di atti paritetici, Consiglio di Stato, sez. III, 11/09/2012, n. 4798: Il pubblico dipendente, che aspira alla restitutio in integrum agli effetti economici, di un rapporto illegittimamente interrotto, ha l'onere di fornire la prova della mancata percezione di redditi da lavoro da altre fonti nel periodo di illegittimo allontanamento dal servizio .

Nondimeno, nelle stesse cause risarcitorie, il principio di vicinanza torna ad incidere sulla ripartizione dell'onere della prova quando oggetto della stessa sia, non già il danno, ma la colpa dell'amministrazione autrice del fatto illecito. Nonostante il tradizionale inquadramento della responsabilità della Pubblica Amministrazione nel paradigma aquiliano, l'onere di provare la colpa in capo al ricorrente danneggiato, è in concreto "alleggerito" dalla giurisprudenza alla luce di una presunzione relativa che sostanzialmente scarica sull'amministrazione l'onere di provare l'assenza di colpa.

Le soluzioni giurisprudenziali circa il riparto dell'onere sono in conclusione, sempre e comunque declinazioni del criterio di vicinanza della prova.

3. I fatti costitutivi della pretesa: onere del ricorrente e poteri del giudice

Sulla base delle predette norme – lette per il momento, autonomamente, ossia come se i poteri ufficiosi del Giudice non esistessero – la pretesa azionata non potrebbe sic e simpliciter respingersi (come farebbe il giudice civile) sol perché il fatto posto a base della stessa non è stato pienamente provato dal ricorrente (limitandosi la norma sulla ripartizione dell'onere probatorio a richiedere i soli "elementi"), o non è stato provato affatto, poichè ciò dipende dalla disponibilità della documentazione. Se essa non è nella disponibilità del ricorrente l'onere si assottiglia sino ad annullarsi, con il corollario della sua non decisività.

Ed allora quid iuris se il fatto costitutivo della pretesa non è affatto provato a causa della non disponibilità, da parte del ricorrente, della documentazione rappresentativa⁷?

Le possibilità delineate dalla norma sono due:

1) se l'amministrazione si è costituita e non ha contestato specificatamente le allegazioni del ricorrente, allora il fatto può ritenersi provato, sulla base, non già di una norma sull'onere della prova del contrario (che ribalterebbe la ripartizione ordinaria), ma, piuttosto, di una presunzione ex lege, per la quale, se il convenuto non contesta è perché implicitamente riconosce l'esistenza e la veridicità dei fatti;

2) se l'amministrazione si costituisce e contesta specificatamente, oppure non si costituisce, il fatto costitutivo, non provato o non provato pienamente, può essere accertato a mezzo dei poteri istruttori del Giudice. In forza del comma 3 dell'art. 64 il giudice amministrativo infatti può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione.

In questo secondo caso, quale è l'effetto dell'inottemperanza dell'amministrazione all'ordine del Giudice?

Il giudice, a ben vedere, cerca la prova della quale nessuna delle due parti, in origine, è specificatamente onerata: non il ricorrente poichè non è nella sua disponibilità; non l'amministrazione perché non è concepibile un onere della prova contraria che si aggiunga a quello della semplice, sia pur specifica, contestazione.

In questa sua ricerca, giustificata dalla necessità di non sacrificare l'interesse pubblico sull'altare di dinamiche puramente processuali, il giudice finisce per tracciare in concreto la linea di riparto degli oneri probatori: l'effetto dell'ordine istruttorio è cioè quello di ridefinire in corso di causa, in

⁷ Ovviamente il riferimento è alla prova e non all'allegazione dei fatti, che l'amministrazione ritiene ineludibile. Chiarissimo sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 09/03/2011, n. 1481 : L'attenuazione, nel processo amministrativo, del principio dispositivo non può tradursi in uno svuotamento dell'onere probatorio e del connesso dovere di allegare, con specificità e precisione, i fatti costitutivi della domanda, pena l'inammissibilità del ricorso. D'altronde, la ragione sottesa all'attenuazione dell'onere probatorio nel sistema giustiziale amministrativo (e all'applicazione del principio cosiddetto dispositivo — acquisitivo) risiede notoriamente nell'asimmetria informativa e dispositiva (soprattutto con riguardo all'accesso al materiale probatorio) in cui tendenzialmente versa la parte privata rispetto alla parte pubblica, quando si tratti dell'esercizio del potere pubblico. Ora, tutte le volte in cui tale ragione giustificatrice della deroga alle ordinarie regole processuali non soccorre, in quanto l'interessato può indicare quali circostanze di fatto lo abbiano riguardato, non vi è ragione di disattendere il principio fondamentale che impone all'attore di allegare, sia pure sinteticamente, i fatti costitutivi della domanda

relazione al concreto caso sottoposto, ed alla constatata disponibilità dei documenti in capo all'amministrazione, la ripartizione dell'onere probatorio, individuando specifici fatti o documenti che quest'ultima deve produrre, in quanto rilevanti ai fini del decidere.

Con la fisiologica conseguenza che, se l'amministrazione non produce, o produce elusivamente, la violazione dell'onus probandi così come ridefinito dal giudice nel corso del giudizio, non può che comportare la soccombenza della stessa.

4. La posizione della giurisprudenza e le ragioni di una rimediazione

Da una disamina della giurisprudenza, anche successiva al codice del processo, emerge un approccio applicativo affatto diverso da quello innanzi descritto: la giurisprudenza in proposito richiama, pressoché costantemente, il principio di cui all'art. 116 c.p.c., secondo il quale il giudice può desumere "argomenti di prova" dal contegno processuale delle parti, e per questa via giunge a ritenere, per il caso di inottemperanza all'ordine istruttorio del giudice, provati i fatti allegati dal ricorrente⁸.

In realtà, ad avviso di chi scrive, sia l'art. 116 cpc, sia il disposto di identico tenore pure contenuto nell'ultimo comma dell'art. 64 cpa, si riferiscono alla valutazione delle prove dei fatti, ossia a vicende senz'altro rilevanti ai fini del decidere, ma collocate su un piano diverso da quello riguardante l'onere probatorio.

La diversità di piani è quanto mai evidente nell'ambito di un processo, qual è quello amministrativo che, come visto, assegna al giudice un potere officioso di chiedere all'amministrazione informazioni e documenti ai fini del decidere, ove il ricorrente non ne abbia la disponibilità.

Si vuol cioè dire che, se nel processo civile, in cui non sono previste deroghe al rigoroso principio dell'onere della prova scolpito dall'art. 2697, nè poteri officiosi del giudice rispetto alla rappresentazione e documentazione dei fatti, l'art. 116 ha il compito di individuare, nel contegno processuale, un fattore suscettibile di corroborare la significatività e valenza della prova, il cui onere comunque rimane in capo alla parte che allega i fatti fondativi.

Giammai esso potrebbe essere utilizzato per sovvertire il criterio di riparto dell'*onus probandi*.

Nel processo amministrativo, invece, la correlazione tra onere e disponibilità della prova (la cui *ratio* si avvicina, come sopra visto, al principio di vicinanza della prova formatosi in sede processualcivilistica), rende il giudice *dominus* del criterio di riparto, ove il documento o la prova dei fatti sia nella disponibilità dell'amministrazione.

La soccombenza dell'amministrazione non si giustifica dunque in relazione agli argomenti di prova tratti dall'inottemperanza all'ordine istruttorio, ma piuttosto per il mancato assolvimento dell'onere probatorio così come definito in corso di causa dal giudice.

La distinzione non è priva di effetti, poichè rende la valutazione di cui all'art. 116 cpc, o meglio, direttamente quella di cui all'art. 64 u.c. cpa, una ipotesi ulteriore, rilevante ai fini del decidere quando siano forniti solo elementi di prova a prescindere da quale sia la parte a tenere il contegno significativo.

La norma in questione, infatti, non è sorretta dalla medesima *ratio* che sorregge il potere officioso del giudice, ossia la disparità di posizione della parte privata rispetto a quella pubblica, ma è semplicemente un criterio valutativo a disposizione del giudice avente ad oggetto il generico

⁸ La giurisprudenza è sterminata: Consiglio di Stato, sez. V, 09/06/2009, n. 3524; Consiglio di Stato, sez. IV, 15/05/2008, n. 2247; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 02/01/2012, n. 14; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 10/11/2011, n. 5255; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 03/05/2011, n. 3832; T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 24/03/2011, n. 500; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 12/01/2011, n. 161; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 07/06/2010, n. 15969; T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 16/09/2009, n. 515; T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 20/01/2009, n. 66; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 10/12/2008, n. 5764; T.A.R. Lazio, sez. Latina, 3 ottobre 2012, n. 707, T.A.R. Veneto, sez. II, 28 novembre 2011, n. 1776, T.A.R. Lombardia, sede Milano, sez. III, 2 dicembre 2011, n. 3099, e T.A.R. Sicilia, sez. Catania, sez. I, 1 agosto 2011, n. 2044; T.A.R. Abruzzo – Pescara – sentenza 28 dicembre 2012 n. 558; Tar Campania, Napoli, sez. I, 9 gennaio 2013, n. 204

contegno processuale (e dunque anche quello non integrante un'inottemperanza ad un previo ordine del giudice), a prescindere dal carattere pubblico o privato della parte che ne è autrice.

La differenza è netta:

- l'ordine del giudice di cui all'art. 64 comma 3, è unidirezionale poichè può rivolgersi esclusivamente all'amministrazione in caso in cui i documenti o la prova dei fatti costitutivi non sia nella disponibilità del ricorrente (e non viceversa), attiene all'onere della prova e determina la soccombenza della parte, onerata dal giudice, che non assolva al proprio onere. Trae giustificazione dalla disegualianza della parti;
- gli argomenti di prova tratti dall'applicazione dell'art. 116 cpc e dall'art. 64 comma 4, sono ambivalenti (possono dirigersi sia in favore del ricorrente che dell'amministrazione), attengono al contegno processuale indistintamente tenuto dalle parti, costituiscono attività di valutazione della prova ed esulano dal riparto dell'onere. Il loro utilizzo corrobora la prova fornita dalla parte diligente. Nulla essi hanno a che vedere con la disegualianza delle parti, tanto che traggono remota origine da una norma del processo civile (in cui com'è noto non si ha a che fare con disegualianze soggettive).

5. Il rapporto tra il potere istruttorio di cui all'art. 64 comma 3, e le richieste ufficiose di chiarimenti previste dall'art. 63 comma 1

Il quadro si complica non poco se si estende l'esame anche all'art. 63 comma 1, secondo il quale *"Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti"*

Si potrebbe allora osservare: ma quale è la differenza fra l'art. 63 comma 1 e l'art. 64 comma 3?

Ove il giudice non specifichi qual è la natura dell'ordine istruttorio, ossia se ad esso debba essere dato il valore di assegnazione in concreto dell'onere della prova, o se, fermo l'onere della prova, ad esso debba essere dato il valore di semplice richiesta di chiarimenti, quid iuris in ordine alle conseguenze?

In proposito, per dare razionalità al sistema, occorre riconoscere che l'art. 63 comma 1 il quale prevede che *"fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti"*, profila un'attività del giudice diretta alla stessa parte che ha allegato i fatti.

Il legislatore del codice del processo ha cioè optato per la non previsione di preclusioni processuali: se il ricorrente non ha prodotto la prova o l'ha prodotta in modo non convincente (pur essendo nella sua disponibilità), il giudice può stimolarlo a produrla o ad integrarla.

Non essendoci preclusioni, non rileva cioè se il ricorrente produce la prova contestualmente al ricorso o se lo fa durante la causa: l'importante è che lo faccia; altrimenti soccombe (*fermo restando l'onere della prova*, ha cura di precisare l'incipit del comma 1).

Tale esegesi è giustificata, oltre che dalla collocazione sistematica della norma (mezzi di prova) anche dal suo tenore letterale (il giudice "chiede" documenti, e non "dispone l'acquisizione" di documenti, com'è nell'art. 64 comma 3).

6. ...e le ordinanze in tema di accesso in corso di causa

In chiave sistematica, è interessante a questo punto esaminare un'ulteriore variabile processuale che inevitabilmente interferisce con il principio di vicinanza della prova: l'accesso ai documenti amministrativi in corso di causa.

In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso teso all'ostensione di un documento amministrativo, può essere proposto con istanza notificata all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza, separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.

L'ordinanza, secondo la giurisprudenza prevalente, ha natura istruttoria⁹ e concerne l'esibizione di un documento utile alla prova dei fatti posti a base del ricorso (in questo senso è da intendersi il requisito della connessione con riferimento al giudizio pendente).

Se così è, allora, quale è la differenza fra l'ordinanza istruttoria in tema di accesso endoprocessuale, e l'ordine istruttorio di cui all'art.64 comma 3?

Essa risiede sia nei presupposti che negli effetti: quanto ai primi è agevole rilevare che in relazione all'accesso, l'impulso non può che essere di parte, a differenza di quanto avviene nell'ordine istruttorio. Anche per questo, consegue che, se da un lato l'ordinanza ordinariamente contiene un'implicita valutazione sulla rilevanza del documento di cui è chiesta l'ostensione, dall'altro essa nulla dice circa l'onere della prova in concreto, che rimane regolato dal criterio della disponibilità; semplicemente, l'esecuzione dell'ordinanza e l'ostensione del documento, rendono quest'ultimo disponibile per il ricorrente ai fini della prova.

Ancora, sul piano degli effetti, la mancata ottemperanza all'ordinanza costituisce presupposto per l'esecuzione coattiva, ma non comportamento significativo dal quale possa inferirsi la soccombenza dell'amministrazione per mancata assolvimento dell'onere probatorio.

7. I fatti impeditivi o estintivi a fondamento delle eccezioni della parte pubblica

“Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle eccezioni”.

Si possono in proposito riprodurre le considerazioni già svolte, con qualche importante distinguo.

In particolare, il problema che occorre porsi riguarda sempre la disponibilità dei fatti secondari posti a fondamento dell'eccezione (si pensi ad esempio alla tema probandi della piena conoscenza o della tardività del deposito, posto a base dell'eccezione di inammissibilità o irricevibilità; o ancora della sopravvenienza di atti lesivi provenienti da altre amministrazioni e non impugnati).

Anche in questo caso opera il principio di non contestazione, i cui effetti dovrebbero essere bilaterali: 1) se i fatti non sono supportati da documentazione rappresentativa in quanto non disponibile per l'amministrazione o comunque se essa abbia fornito elementi di prova, ed il ricorrente non li abbia specificatamente contestati, allora il fatto deve ritenersi provato; 2) se invece i fatti impeditivi o estintivi allegati dall'amministrazione, sono specificatamente contestati dal ricorrente, si apre il fronte problematico di come debba essere raggiunta la piena prova, poichè nel caso di specie non è previsto un intervento officioso del giudice in punto di rimodulazione dell'onere probatorio.

La giurisprudenza tende a far applicazione della norma in modo unilaterale, addossando l'onere di piena prova (e non solo di indicazione degli elementi) dei fatti impeditivi o estintivi sull'amministrazione¹⁰, probabilmente sulla base della considerazione che i poteri officiosi ed i temperamenti in tema di onere della prova trovino la loro ragion d'essere nella posizione di forza dell'amministrazione ove essa agisca nell'esercizio di un potere.

La posizione può essere condivisa, nei limiti però in cui la pubblica amministrazione abbia però effettivamente nella sua piena disponibilità i fatti.

Ove ciò non sia, è ragionevole ipotizzare che l'amministrazione possa comunque valersi dei mezzi di prova di cui all'art. 63 ed in particolare dell'ordine di deposito di documenti in possesso del ricorrente (comma 1) o di esibizione in giudizio dei documenti in possesso di terzi (comma 2), adottabile, ai sensi del comma 2 della norma citata, dal giudice “anche d'ufficio”.

⁹ Diffusamente, e con opportuni distinguo, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 27/10/2011, n. 5765

¹⁰ La dimostrazione della tardività del ricorso e, quindi, della pregressa piena conoscenza degli elementi essenziali dell'atto in capo al destinatario deve, in ossequio agli ordinari criteri di riparto dell'onere della prova, essere fornita da chi eccepisce la tardività dell'impugnazione. Consiglio di Stato, sez. IV, 31/05/2012, n. 3269, Consiglio di Stato, sez. V, 20/06/2011, n. 3696

L'utilizzo anche d'ufficio di tale mezzo probatorio nulla ha a che vedere con l'onere della prova (lo specifica, in via generale, l'incipit del comma 1) il quale rimane regolato dall'art. 64 nel modo già visto.

Ha tuttavia conseguenze ed effetti in ordine alla valutazione della prova, poichè la mancata ottemperanza all'ordine integra, questa volta sì, un contegno processuale valutabile quale argomento di prova.

8. L'argomento di prova

Che cosa sia poi l'argomento di prova, ed in particolare quello legato alla mancata ottemperanza all'ordine di esibizione, è nodo certamente non agevole da sciogliere in relazione al quale è probabilmente utile avere riguardo al dibattito, ancora in corso, in sede processualcivilistica.

In quella sede, la disciplina in via generale prevista dall'art. 116 cpc, nella parte in cui consente di trarre argomenti di prova dal comportamento delle parti, è applicata anche nell'ipotesi specifica dell'art. 210 (ordine giudiziale di esibizione di documenti) in forza del richiamo che tale norma fa all'art. 118 (Ordine di ispezione di persone o cose) che a sua volta dichiara applicabile l'art. 116, nonché alla luce di una visione unitaria dei mezzi istruttori esibizione-ispezione proposta dalla dottrina prevalente. E' del resto sostenuta anche la tesi dell'applicabilità diretta dell'art. 116 sulla base alla (ovvia) considerazione che anche il rifiuto di esibire è di per sé un contegno processuale significativo ai sensi e per gli effetti di quella norma .

Le uniche conseguenze che la giurisprudenza civile ha ritenuto possano derivare dall'inosservanza di un ordine di esibizione, si pongono su di un piano esclusivamente probatorio. Esse si risolvono infatti nella facoltà, per il giudice, di trarre "argomenti di prova" dall'inottemperanza della parte intimata.

La strada dell'"argomento di prova" è così apparsa, almeno nella pratica dei Tribunali , come quella unica percorribile per tentare di ovviare al problema della violazione della normativa di cui agli articoli 210 ss c.p.c., in assenza di rimedi che la legge abbia espressamente stabilito. La via è divenuto molto più tortuosa quanto si è trattato di attribuire un senso compiuto a quella che è stata definita "una tra le più ambigue e tormentate nozioni della disciplina delle prove nel diritto processuale civile italiano" , vale a dire sulla consistenza probatoria di tali argomenti (o sul valore probatorio del comportamento processuale delle parti in relazione alla formazione del convincimento del giudice).

Secondo l'orientamento dottrinale prevalente, infatti, gli argomenti di prova non possono avere lo stesso valore delle prove in senso tecnico, ma sono solo elementi secondari di convincimento del giudice e, più precisamente, hanno, rispetto alle prime, un carattere di probatio inferior (nel senso che non sono idonei, da soli, a giustificare il giudizio di superfluità di cui all'art.209 a fronte della richiesta delle parti di offrire attraverso una prova in senso tecnico la prova contraria) . Gli "argomenti di prova" dovrebbero pertanto essere considerati unicamente quali elementi di valutazione delle altre prove addotte in giudizio, con la conseguenza che il giudice, pur tenendone conto con estrema prudenza, non potrebbe mai fondare su questi in senso assoluto il proprio convincimento.

L'orientamento della giurisprudenza pare invece essersi evoluto, da una posizione negativa circa l'idoneità degli argomenti di prova a fondare da soli il convincimento del giudice¹¹, ad una più recente, in cui la Cassazione, ha adottato una posizione possibilista, soprattutto nei casi in cui la sia

¹¹ Tribunale Roma, 05/07/2012: La norma dettata dall'art. 116, comma 2, c.p.c., nell'abilitare il giudice a desumere argomenti di prova dalle risposte date dalle parti nell'interrogatorio non formale, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni da esso ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo, non istituisce un nesso di consequenzialità necessaria tra eventuali omissioni e soccombenza della parte ritenuta negligente, ma si limita a stabilire che dal comportamento della parte il giudice possa trarre "argomenti di prova", e non basare in via esclusiva la decisione, che va comunque adottata e motivata tenendo conto di tutte le altre risultanze.

impossibile o estremamente difficile per la parte diligente procurarsi prove oggettive¹², giungendo ad affermare che il contegno della parte stessa possa costituire “unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento e non solo elemento di valutazione degli elementi già acquisiti nel processo” . Dunque una prova in senso pieno. E’ evidente che in questo caso (si pensi alla richiesta di sottoposizione a test genetici, cui il convenuto non presti adesione), nonostante il formale ossequio all’art. 116 cpc, in realtà, si finisce per operare un ribaltamento dell’onere della prova di cui all’art. 2697 Cc alla luce del principio di vicinanza.

¹² Cassazione civile, sez. I, 23/04/2010, n. 9727: “L’art. 269 cod. civ., nella sua attuale formulazione, non pone alcun limite in ordine ai mezzi attraverso i quali può essere dimostrata la paternità naturale. Sicché il giudice di merito, dotato di ampio potere discrezionale al riguardo, può legittimamente fondare il proprio convincimento sulla effettiva sussistenza di un rapporto di filiazione anche su risultanze istruttorie dotate di valore puramente indiziario, quale il rifiuto ingiustificato di sottoporsi ad indagini ematologiche, che costituisce comportamento valutabile ai sensi dell’art. 116 c.p.c., comma 2, anche in assenza di prova specifica di rapporti sessuali tra le parti. Infatti, proprio la mancanza di prove oggettive assolutamente certe e difficilmente acquisibili circa l’effettivo concepimento ad opera del preteso genitore naturale, se non consente di fondare la dichiarazione di paternità sulla sola dichiarazione della madre, non esclude che il Giudice possa desumere argomenti di prova dal comportamento processuale dei soggetti coinvolti - ed in particolare dal rifiuto del preteso padre di sottoporsi agli accertamenti biologici - traendo la dimostrazione della fondatezza della domanda esclusivamente dalla condotta processuale del preteso padre, globalmente considerata e posta in opportuna correlazione con quanto affermato dalla madre”