

La distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, tra principi e regole (*)

di FABIO SAITTA

SOMMARIO: 1. I termini della questione. — 2. Principio dispositivo e poteri acquisitivi del giudice amministrativo. — 3. Onere della prova e disponibilità (o vicinanza) della stessa: premesse generali. — 4. L'onere della prova dopo quindici anni di codice processuale: conferme e novità (?). — 5. Onere della prova e situazioni giuridiche dedotte in giudizio. — 6. La distribuzione dell'onere della prova tra principi (tanti, forse troppi) e regole (imprecise).

1. I termini della questione.

Come osservava, oltre un decennio addietro, Antonio Romano Tassone, mio compianto Maestro, il tema di cui ho scelto di occuparmi oggi «rappresenta, da sempre, uno dei capitoli più delicati, controversi e difficili della disciplina del processo, e queste complessità e multipolarità risultano ancora più evidenti se ci si riferisce ad un giudizio, quale quello che si svolge davanti al giudice amministrativo, tuttora contrassegnato, malgrado la [allora] recentissima codificazione, da numerose e non del tutto risolte ambiguità di fondo. Tra le quali, certo non ultima, spicca la problematica ascrizione di questo processo alla giurisdizione di diritto soggettivo — o meglio: l'incertezza circa il ruolo che in esso debba attribuirsi alla definizione dell'interesse pubblico sostanziale alla cui cura è rivolto il provvedimento impugnato —, questione che è immediatamente e profondamente implicata dal nostro discorso» (1).

(*) Testo, rielaborato e aggiornato, della relazione svolta all'Incontro di studi su: «L'istruzione nel processo amministrativo» – Roma, 13 marzo 2025.

(1) *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, I, 461, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Napoli, 2024, II, 1051.

Non è certo un caso, d'altronde, che, nel denso saggio d'apertura del volume che oggi presentiamo (2), Luca Perfetti collochi il tema dell'onere della prova e della disponibilità della stessa in capo alla parte tra i *Problemi del pieno dispiegarsi del principio dispositivo nel processo amministrativo* (3).

Notoriamente, come ha illustrato con la consueta efficacia, nello stesso volume, Andrea Panzarola (4), vigendo il divieto di *non liquet*, lo strumento fornito al giudice dall'ordinamento per decidere anche quando sia rimasto in dubbio circa un fatto oggetto di prova rilevante ai fini della risoluzione della lite è rappresentato dall'onere della prova inteso come «regola di giudizio»: si allude sia all'art. 2697 c.c. — che, prevedendo un «onere di prova» per le parti del processo, «implicitamente distribuisce il rischio del mancato convincimento del giudice» (5) — che ad altre disposizioni del codice di rito civile (ad es., gli artt. 112 e 277, che, «imponendo al giudice di pronunciare su tutte le domande, autorizzano l'illazione che tale obbligo comprenda necessariamente anche quello di emettere la pronunzia») e financo a norme di rango costituzionale, come gli artt. 24 e 101 della Carta, «dai quali emerge (anche) che i giudici verrebbero meno al precetto primario che li riguarda, ove rifiutassero di emanare decisioni e di dare, così, tutela ai cittadini» (6). In virtù della «regola di giudizio», collegata all'onere della prova e desumibile dall'art. 2697 c.c., il giudice è obbligato a considerare come inesistente il fatto

(2) L.R. PERFETTI - G. PESCE (a cura di), *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano, 2024.

(3) Questo il titolo del saggio, *ivi*, 7 ss.

(4) *L'onere della prova*, *ivi*, 159 ss., spec. 165 ss.

(5) S. PATTI, *Prova - I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 9. Da ultimo, invero, G. VERDE, *Attualità del principio dell'onere della prova*, in questa *Rivista*, 2024, 630-631, osserva che «[i]n effetti il giudice “deve” decidere perché glielo impone la funzione che esercita», quindi a prescindere dal fatto che — come da lui sostenuto in passato — l'art. 2697 c.c. contenga l'implicito divieto di *non liquet*. Quest'ultima disposizione — che prevede «una sorta di finzione in forza della quale si dà per accertato (*recte*: attestato) ciò di cui è mancato l'accertamento (*recte*: l'attestazione)» — assume rilievo (non solo “psicologica”, ma anche) giuridico perché rende legittima la “finzione”.

(6) G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 626.

che non sia stato pienamente provato (c.d. «fatto incerto»), dando conseguentemente torto alla parte che basava su quel fatto la propria pretesa.

Anche per quanto concerne l'altro aspetto, cioè la distribuzione del rischio della mancata prova, la soluzione accolta dal nostro legislatore si trova nell'art. 2697 c.c. e corrisponde — almeno di norma (si pensi alla distinzione tra attore in senso formale e attore in senso sostanziale, ormai univocamente accolta in alcuni contesti, come il processo tributario e l'opposizione a decreto ingiuntivo) — alla contrapposizione che, nel processo, si instaura tra l'attore, che è tenuto a provare il fondamento della pretesa azionata, e il convenuto, il quale, una volta provato tale fondamento, deve a sua volta fornire la prova degli eventuali fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto vantato dalla controparte (7).

La regola in esame, tuttavia, subisce delle limitazioni, delle deroghe conseguenti a inversioni dell'*onus probandi* connesse a norme che prevedono presunzioni legali *iuris tantum* e, per quanto qui interessa, delle attenuazioni, rappresentate, da un lato, dal principio di acquisizione processuale — che, imponendo la valutazione delle risultanze probatorie a prescindere dalla parte che abbia introdotto i mezzi di prova (8), funge da temperamento alla regola dell'onere della prova intesa in senso rigoroso (9) — e, dall'altro, dalla predisposizione di sistemi probatori caratterizzati — come il processo amministrativo, ma anche quello civile del

(7) M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, 69. Anche la giurisprudenza amministrativa è univoca nell'affermare che, ai sensi dell'art. 2697 c.c., i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi vanno provati da chi ha interesse ad eccepirli: *ex multis*, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 1 febbraio 2016, n. 129 e 6 febbraio 2015, n. 242, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 27 marzo 2015, n. 902, *ibidem*; Sez. III, 25 marzo 2015, n. 854 e 11 marzo 2015, n. 709, *ibidem*.

(8) C. SALTELLI, *Art. 64*, in G. LEONE - L. MARUOTTI - C. SALTELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, 608-609. In giurisprudenza, di recente, Cass. civ., Sez. lav., 28 agosto 2024, n. 23286, in *CED Cassazione*, 2024.

(9) Su questi temi, *amplius*, S.A. VILLATA, *Prova documentale e principio di acquisizione: un difficile connubio (specialmente) nel giudizio di appello?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 315 ss., spec. 317-318.

lavoro e quello tributario — dall'attribuzione all'organo giudicante di poteri istruttori esercitabili d'ufficio. Sistemi processuali, questi ultimi, nei quali peraltro la regola di giudizio fondata sull'onere della prova risulta comunque applicabile in tutti i casi in cui, nonostante i poteri di raccolta delle prove riconosciuti al giudice, il fatto da provare rimanga comunque incerto ⁽¹⁰⁾.

2. Principio dispositivo e poteri acquisitivi del giudice amministrativo.

Il primo profilo che viene esaminato, per il suo rilievo critico, da Perfetti è quello della «relazione tra allegazione ed onere probatorio [...] con il connesso problema dei poteri acquisitivi del giudice» ⁽¹¹⁾.

L'Autore richiama i suoi numerosi scritti nei quali ha reiteratamente sostenuto che «la disciplina del processo amministrativo importa il pieno dispiegarsi del principio dispositivo — senza alcun perdurante rilievo del metodo acquisitivo — come proprio del processo di parti» e ribadisce che dalla nota ricostruzione di Feliciano Benvenuti «viene la regola per la quale il processo amministrativo si conduce nel perimetro del principio dispositivo — sicché spetta solo alle parti introdurre i fatti nel giudizio e su di esse incombe l'onere di provarli — solo temperato dal “metodo” acquisitivo — sicché, siccome l'amministrazione dispone delle prove [...], il giudice è gravato dal dovere [...] di acquisire la prova che la parte privata non è in grado di produrre» ⁽¹²⁾.

Ribadisce anche, subito dopo, che la tesi benvenutiana è stata sovente richiamata «sostanzialmente depotenziando l'affermazione di fondo [...] per la quale il metodo acquisitivo opera solo all'interno della piena applicazione del principio dispositivo, sicché riguarda solo l'acquisizione delle prove dei fatti introdotti

⁽¹⁰⁾ In tal senso, con specifico riguardo al processo amministrativo, F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 207; *contra*, L. MIGLIORINI, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 3.

⁽¹¹⁾ *Op. cit.*, 9 ss.

⁽¹²⁾ *Op. cit.*, 10-11.

nel giudizio [...] ed è motivata solo dal fatto che la parte gravata dall'onere della prova non sia oggettivamente in grado di assolverlo», mentre — a suo avviso — il codice ha «avuto il merito di sbarazzare il processo amministrativo dal metodo acquisitivo [...] perché con grande chiarezza prevede che siano le parti ad introdurre i fatti nel giudizio e ad essere onerate dal compito di provarli, salvo che — per l'ipotesi in cui non dispongano oggettivamente della possibilità di fornire la prova del fatto — il giudice acquisisca la prova da chi ne dispone, secondo una regola del tutto analoga a quella del rito civile» (13).

Sul punto, Perfetti cita un mio libro (14), pubblicato qualche mese prima dell'approvazione del nostro codice processuale, nel quale, a suo dire, avevo colto «con la consueta profondità» (sono parole che denotano la reciproca stima che contraddistingue il nostro rapporto) la netta contrapposizione tra la sua lettura «e le altre che, sempre richiamandosi a Benvenuti, sottostimano il principio dispositivo ed enfatizzano la permanenza del metodo acquisitivo» (15).

In quel libro, in verità, riferivo come di recente la teoria di Benvenuti — la quale peraltro, com'è stato puntualmente evidenziato, essendo intesa a superare, nell'ambito del processo, eventuali situazioni di disuguaglianza sostanziale delle parti, «affidando al giudice il potere di selezionare, *sempre nel materiale introdotto dalle parti*, i fatti a suo avviso rilevanti per l'accertamento della verità», si limita a configurare tale introduzione dei fatti a opera delle parti come «mezzo per la disposizione che verrà effettuata dal giudice», guardandosi bene dall'immaginare una situazione in cui il giudice, diversamente da quanto accade nel processo civile (anche ove concernente diritti non totalmente disponibili), entra direttamente nella realtà processuale, introducendo in giudizio fatti secondari e non solo disponendo in ordine

(13) *Op. cit.*, 12.

(14) *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, 289 ss.

(15) *Ibidem*, nt. 6.

alla loro acquisizione e ai relativi oneri probatori ⁽¹⁶⁾ — fosse stata, in certo senso, «ridimensionata» da Perfetti, laddove, con dovizia di argomenti, aveva sostenuto che, a ben guardare, non vi sono ragioni sostanziali per differenziare il sistema istruttorio del processo amministrativo da quello del processo civile, nel quale si fa un uso addirittura maggiore dei poteri acquisitivi del giudice (si allude in particolare all'art. 213 c.p.c.) ⁽¹⁷⁾.

Su tale rilettura aggiornata del pensiero benvenutiano, intesa sostanzialmente a dimostrare che, in realtà, metodo acquisitivo e dispositivo si trovano presenti in entrambi gli anzidetti processi, già allora avevo sostanzialmente convenuto nella misura in cui essa intende sostenere che, nel pensiero del Maestro veneziano, entrambi i processi erano invero retti dal principio dispositivo, essendo l'uso del metodo acquisitivo (anche da parte del giudice ordinario) giustificato solo ove il mezzo di prova sia detenuto dall'amministrazione ovvero dalla parte significativamente più forte del rapporto sostanziale ⁽¹⁸⁾. Non può, del resto, seriamente dubitarsi del fatto che la riflessione di Benvenuti prendesse le mosse dalla convinzione che anche il processo amministrativo sia processo di parti, in quanto tale fondato sul principio della domanda ⁽¹⁹⁾.

Non mi trovava del tutto d'accordo, invece, la ricostruzione dei rapporti tra onere di allegazione delle parti e poteri istruttori del giudice amministrativo, ricostruzione che — a mio avviso — è frutto di una riduttiva lettura del principio di acquisizione probatoria ⁽²⁰⁾. Quando si assume che l'esercizio di tali poteri

⁽¹⁶⁾ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss., ora in *Id.*, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 751 ss., spec. 760-763, con frequenti citazioni della monografia di Benvenuti.

⁽¹⁷⁾ L.R. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, t. 1, Milano, 2008, 917 ss.

⁽¹⁸⁾ L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, 932-933. Stando così le cose, però, più che dire che non esiste un c.d. metodo acquisitivo, si dovrebbe dire che quest'ultimo opera anche in alcune controversie devolute alla giurisdizione ordinaria.

⁽¹⁹⁾ A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2008, § 1.

⁽²⁰⁾ Su cui, di recente, Cass. civ., Sez. un., 16 febbraio 2023, n. 4835, in *Riv. dir.*

presuppone l'esplicita richiesta di assunzione proveniente dalla parte, si dà l'avallo, infatti, al profilo della tesi benvenutiana ritenuto forse più debole dalla più autorevole dottrina ⁽²¹⁾, che, con riguardo all'affermazione del Maestro circa la necessità di doppiare con un atto negoziale dispositivo l'atto di introduzione del fatto secondario nel processo, aveva notato come sia quantomeno problematico distinguere tra un'attività materiale di introduzione del fatto e un'attività volontaria che si manifesta nel far valere il fatto introdotto: se una parte produce un documento ove si fa menzione di un fatto, la *positio* del fatto stesso è introdotta nel processo e null'altro deve compiere la parte per «far valere» quel fatto ⁽²²⁾. Nel sostenere che, senza ribaltare la logica del processo di parti, può dirsi che l'iniziativa ufficiosa del giudice può riguardare «tutti i temi di prova che *comunque* emergono dagli atti dell'istruttoria», la dottrina cui avevamo recentemente aderito ⁽²³⁾

proc., 2024, 649, con nota di R. RASCIO, *Principio di acquisizione e onere della prova nel giudizio di appello*.

⁽²¹⁾ Certamente quello sul quale si è maggiormente concentrata la critica successiva: A. TRAVI, *op. cit.*, § 2.

⁽²²⁾ In tal senso, B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 13, secondo cui «in concreto il potere e il dovere del giudice di tener conto del documento prodotto [...] sussistono indipendentemente da ciò, che la parte abbia esplicitamente dichiarato di volersi valere dei fatti ivi menzionati».

⁽²³⁾ È opportuno precisare che — eccezion fatta per il corsivo, che avevamo utilizzato noi per evidenziare il termine che formava oggetto di critica da parte di L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, 933, nota 85 — il brano riportato tra virgolette nel testo era stato tratto testualmente da R. VILLATA, *op. cit.*, 760. Quest'ultimo richiamava, a sua volta, G. VERDE, *Domanda (principio della): I Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 8, secondo cui il giudice ha la possibilità di prendere in considerazione i fatti rilevanti per suffragare la pretesa azionata «che risultino in qualche modo (che non sia la sua scienza privata) acquisiti al processo anche senza una specifica richiesta della parte (che sarebbe) interessata» (il corsivo è nostro); *Id.*, *Dispositivo (principio)*, *ivi*, XI, Roma, 1989, 2, che opportunamente nota che, «mentre l'allegazione dei fatti (almeno di quelli principali) rientra di norma nel potere monopolistico delle parti (così che nulla esclude che esse possano rinunziarvi in epoca successiva all'introduzione), per le prove non può non valere un opposto principio tutte le volte che la prova in qualche modo risulti acquisita al processo. In questa ipotesi deve valere il principio della indisponibilità (successiva) della prova, nel senso che il giudice è abilitato a formarsi il proprio convincimento sulla base delle prove acquisite *senza tener conto della provenienza di esse* e senza che le parti possano disporne sulla base di postumi ripensamenti (e, quindi, chiedendo e ottenendo che siano dissolte dalla scena processuale prove oramai presenti)» (i corsivi sono nostri).

intendeva, pertanto, semplicemente fare corretta applicazione del principio di acquisizione processuale, in virtù del quale il giudice è libero di formare il suo convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie, comunque ottenute e quale che sia la parte a iniziativa o a istanza della quale hanno fatto ingresso nel processo (24). Il che è, evidentemente, cosa ben diversa dal consentire l'acquisizione in giudizio di fatti in alcun modo dedotti dalle parti — ciò che nessuno si è mai sognato di sostenere — perché qui non è in gioco l'allegazione dei fatti, attenendo il principio acquisitivo allo svolgimento dell'istruttoria (25).

Resta del tutto condivisibile il rilievo di Perfetti sulla «frequente confusione», sia in dottrina che in giurisprudenza, «tra introduzione dei fatti nel giudizio (tema sul quale rileva il principio dispositivo) e prova degli stessi», equivoco che Gabriele Serra attribuisce anche a ragioni storiche (26).

Sono d'accordo con Perfetti anche quando afferma che «l'enfasi circa il metodo acquisitivo si può fondare solo sulla disparità delle parti [...] nel rapporto sostanziale» (27): l'ho scritto trent'anni fa (28). E convengo pure sul fatto che ciò «è quanto di più lontano dall'idea di un diritto amministrativo paritario — per come nella mente di Benvenuti stesso» (29). È anche vero, tuttavia, che — come abbiamo avuto modo di evidenziare tempo addietro — quello del Maestro veneziano era (e, forse, è ancor oggi) un discorso utopico, a meno che per parità delle parti nel procedimento

(24) F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Milano, 2022, I, 260.

(25) Nel senso che la discussione su quest'aspetto della teoria di Benvenuti si è spostata dall'onere di allegazione dei fatti alle modalità per la loro acquisizione, A. TRAVI, *ibidem*, ad avviso del quale, se i fatti secondari possono essere considerati dal giudice ancorché non siano stati allegati, purché siano stati comunque introdotti dalle parti, ciò che cambia oggi rispetto alla conclusione del Maestro è semplicemente che è ammessa un'introduzione dei fatti a carattere non negoziale.

(26) *L'onere della prova nel processo amministrativo*, in L.R. PERFETTI - G. PESCE (a cura di), *op. cit.*, 212.

(27) *Problemi*, cit., 13.

(28) Cfr., *si vis*, F. SAITTA, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1 ss., spec. 12.

(29) *Ibidem*.

non s'intenda parità «assertoria» e «delle armi», salva la peculiare posizione del soggetto pubblico che adotta l'atto finale ⁽³⁰⁾.

Quanto, poi, alla reiterata precisazione che, nella ricostruzione benvenutiana, «il metodo acquisitivo opera solo nel perimetro dell'allegazione dei fatti primari e la struttura stessa del processo richiede che “il giudice si attenga nella ricerca della verità dei fatti secondari a quelli introdotti dalle parti nel processo [...]”» ⁽³¹⁾, va tenuto pure nella debita considerazione che — come ben notato, nell'ambito del volume di cui qui discutiamo, da Carlotti — nel processo amministrativo v'è una «oggettiva difficoltà di distinguere, specialmente nelle azioni di annullamento, i fatti primari da quelli secondari» — si pensi al caso in cui «sia dedotta, ad esempio, l'illegittimità di un provvedimento di annullamento d'ufficio (ipotesi che porta a individuare nel provvedimento annullato un secondo fatto primario)» —, la quale «si riflette nella confusione tra le due categorie di fatti [...], rende più “liquida”, rispetto al processo civile, l'operatività del principio dispositivo e concorre, nella prassi, a rafforzare quell'interventismo giudiziario al quale si è sopra accennato» ⁽³²⁾.

3. Onere della prova e disponibilità (o vicinanza) della stessa: premesse generali.

Dall'analisi sui problemi che emergono dalla giurisprudenza Perfetti trae, tra l'altro, la conferma «[c]he il metodo acquisitivo — a fronte dell'esser fornito un principio di prova — non sia altro che un enunciato diverso che ha lo stesso significato del principio della disponibilità della prova» ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo «paritario» nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, 465. Ciò non significa — sia ben chiaro — che tale discorso sia inutile: la predicazione dei principi benvenutiani è, infatti, sicuramente idonea a orientare i comportamenti dei consociati verso i valori che nei principi stessi si esprimono: A. ROMANO TASSONE, «*Il nuovo cittadino*» di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia, in *Dir. amm.*, 2008, 313 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., II, 1203 ss.

⁽³¹⁾ L.R. PERFETTI, *Problemi*, cit., 22.

⁽³²⁾ *Domanda, principio dispositivo e istruzione*, *ivi*, 51 ss., spec. 64, anche in nota.

⁽³³⁾ *Problemi*, cit., 25-26.

Premesso che la giurisprudenza che viene riportata a supporto di tale affermazione — secondo cui il metodo acquisitivo «vale quando i mezzi di prova risultino nella disponibilità esclusiva dell'Amministrazione intimata, ma non quando [...] la prova risulti nella disponibilità della parte che propone l'impugnazione, trovando applicazione, in quest'ultimo caso, il generale principio dell'onere della prova desumibile dalla regola generale dell'art. 2697 c.c.»⁽³⁴⁾ — si è consolidata ben prima dell'avvento del codice, per cui non aiuta certo a dimostrare che lo stesso abbia contribuito a «sbarazzare il processo amministrativo dal metodo acquisitivo»⁽³⁵⁾, noto che, tutto sommato, Perfetti non vede nulla di male nel continuare a usare la formula del c.d. «principio di prova», come del resto fa la giurisprudenza⁽³⁶⁾, mentre Serra lo reputa non più attuale e sostiene che, per evitare di «addossare alla parte un onere che risulti troppo difficile assolvere, con la conseguenza automatica della perdita della controversia», sia sufficiente una corretta esegesi dell'art. 64, comma 1, c.p.a.⁽³⁷⁾.

Spiegherò più avanti perché — a mio avviso — le due letture sono tranquillamente conciliabili, essendo la questione meramente terminologica: per farlo, infatti, devo prima soffermarmi sul ruolo svolto dalla disponibilità (o vicinanza) della prova come criterio generale di distribuzione degli oneri probatori.

Come in passato ho provato a dimostrare con l'ausilio della dottrina processualcivilistica⁽³⁸⁾, il criterio racchiuso nel brocardo «*onus probandi incumbit ei qui dicit*» può tranquillamente convivere, ancorché in posizione non equiordinata, con quello basato

⁽³⁴⁾ T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, n. 4578/2020.

⁽³⁵⁾ Questione sulla quale ci soffermeremo nel prosieguo: v. *infra*, § 4.

⁽³⁶⁾ Ad es., T.A.R. Molise, Sez. I, 12 dicembre 2023, n. 334, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, «[s]e è vero [...] che nel processo amministrativo il sistema probatorio è retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, è altrettanto vero che, in mancanza di una prova compiuta a fondamento delle proprie pretese, il ricorrente debba avanzare un principio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori».

⁽³⁷⁾ *Op. cit.*, 217-218.

⁽³⁸⁾ Cfr., se si vuole, F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 911 ss.

sul criterio (o principio) della «vicinanza alla prova», detto anche «della riferibilità» o «della disponibilità del mezzo», in virtù del quale «diventa onerato della prova il soggetto per cui la prova è più facile, cioè il soggetto più vicino alle fonti di prova»⁽³⁹⁾.

Com'è stato notato, le posizioni di vicinanza e di lontananza — che esprimono, rispettivamente, la facilità di accesso e di fruizione di una prova e, simmetricamente, la difficoltà, se non la pratica impossibilità, di accedere all'effettiva dimostrazione di una pretesa — si delineano quasi sempre già sul piano sostanziale della fattispecie, salvo poi concretizzarsi nell'eventuale processo⁽⁴⁰⁾. La lontananza, in particolare, può essere conseguenza della dipendenza da soggetti altri per l'accesso alla prova.

Ora, è di tutta evidenza che mettere sullo stesso piano, riservando loro il medesimo trattamento processuale, dei soggetti che si trovano in posizione nettamente diversa rispetto alle prove significa facilitare colui che si trova più vicino alle prove stesse⁽⁴¹⁾. Ed è risaputo come, tradizionalmente, la vicinanza abbia giocato sempre a favore di chi la possiede: si pensi alla pubblica amministrazione, la quale, «rivestendo i panni di un soggetto forte (per certi versi, il soggetto più forte dell'intero ordinamento)», ha visto «la sua posizione sostenuta da un disegno complessivo di *favor probatorio*»⁽⁴²⁾.

Ebbene, nel processo, la vicinanza può costituire una regola probatoria idonea a contrapporre allo schema, evidentemente formale, dell'onere secondo allegazione di cui all'art. 2697 c.c., nel quale le parti restano identificate senza residui dalla posizione processuale che vanno ad assumere nel relativo giudizio, uno schema sostanziale nel quale, avendosi riguardo alla specifica realtà della fattispecie controversa, il carico probatorio viene

⁽³⁹⁾ F.P. LUISO, *op. cit.*, 265.

⁽⁴⁰⁾ A.A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, 659.

⁽⁴¹⁾ A.A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, *op. cit.*, 661.

⁽⁴²⁾ P. CENDON - P. ZIVIZ, *L'inversione della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 791.

ponderato «tenuto conto in concreto della possibilità per l'uno e l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione» (43).

Il principio di «vicinanza alla prova» (ma la Corte di cassazione parla indifferentemente di «riferibilità» ovvero, al pari dell'art. 64 c.p.a., di «disponibilità» dei mezzi di prova (44)) costituisce uno strumento più evoluto, in quanto assiologicamente meglio orientato (45) e non ordalico, di risolvere il problema del divieto di *non liquet*: la vicinanza, infatti, flessibile per propria natura, implica — e al contempo rende possibile — che il giudice risolveva comunque la lite senza ricorrere all'*éscamotage* di soluzioni preconfezionate e astratte dalla fattispecie concreta configurato dal formalistico criterio di cui all'art. 2697 c.c., intrinsecamente inidoneo a selezionare il reale (46).

Tale principio, dunque, si configura, da un lato, come un corollario dei doveri di correttezza, buona fede e diligenza nell'adempimento delle obbligazioni (artt. 1175, 1176, comma 2, e 1375 c.c.) e, dall'altro, come una derivazione del principio costituzionale del giusto processo e delle regole generali del codice di rito civile (*in primis*, il dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88, inteso come onere delle parti, vicine alla fonte di prova, di collaborare allegando tempestivamente e nel rispetto delle regole di correttezza i mezzi istruttori, in un'ottica di economia processuale e di ragionevole durata del giudizio) (47). Esso, quindi, «viene

⁴³⁾ Così Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2002, 318, che costituisce la decisione capostipite dell'orientamento dei giudici di legittimità favorevole alla vicinanza.

⁴⁴⁾ Cfr., ad es., Sez. lav., 25 luglio 2008, n. 20484, in *CED Cassazione*, 2008.

⁴⁵⁾ Sul punto, si vedano gli interessanti spunti di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 707.

⁴⁶⁾ L'esigenza che il giudice valuti caso per caso se realmente la parte ha fatto quanto era nelle sue possibilità e solo in caso affermativo supplisca alle lacune istruttorie acquisendo gli elementi necessari per giudicare fondata o meno la pretesa avanzata è ben evidenziata da N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di F. Bassi*, Napoli, 2015, I, 407.

⁴⁷⁾ M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, 687 ss.

ad assumere il ruolo di correttivo (se non altro) delle applicazioni più rigide e pesanti del formalismo caratteristico della regola della prova secondo allegazione. Un ruolo, a nostro avviso, anzi necessario — sotto il profilo costituzionale, prima di tutto il resto — per combattere e smorzare le asprezze, in effetti notevoli, che il modello dell'onere viene propriamente a proporre» (48).

A ben guardare, infatti, ancorché il principio in esame sia, in primo luogo, «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» (49), non mancano collegamenti con le regole di eguaglianza di cui all'art. 3, in virtù delle quali a diversità di posizioni deve corrispondere un diverso trattamento normativo, e con il dovere di solidarietà economico-sociale di cui alla parte finale dell'art. 2 (50).

Che si tratti di un principio che poggia su basi solide è, del resto, dimostrato dal fatto che esso, «sia pure con parsimonia», è «da sempre utilizzato» in giurisprudenza come criterio che, ancorché sussidiario, risulta spesso decisivo a livello di controversia concreta (51).

Su tutto ciò sembra convenire Serra, pur con la precisazione che tale criterio «determina una diversa allocazione dell'onere della prova, gravandone la parte più vicina ad essa, ma non abilita alcun potere officioso del giudice in merito, poiché, individuata la

(48) A.A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, *op. cit.*, 668.

(49) Cass., Sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Giur. it.*, 2006, 1661; Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10744, *ivi*, 2010, 1298; Sez. lav., n. 20484/2008, *cit.*. Il riscontro dell'incompatibilità tra una disciplina della prova che renda impossibile o troppo difficoltoso l'assolvimento del relativo onere e il diritto di tutela della propria posizione di cui all'art. 24 Cost. si trova, però, già in Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 568, in *www.giurcost.org*. In dottrina, E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, 14.

(50) A.A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, *op. cit.*, 671. Nel senso che il potere istruttorio officioso consiste in un vero e proprio «soccorso che, ricorrendo certe condizioni, il giudice è tenuto a prestare non per il desiderio di beneficiare il destinatario di questo aiuto, ma per un dovere di solidarietà verso una parte «debole», che proprio per questa sua debolezza rischierebbe altrimenti di non potere ottenere giustizia», N. SAITTA, *ibidem*.

(51) A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 443.

parte più vicina alla prova, se essa non fornisce in giudizio detta prova, il giudice dovrà considerare il fatto non provato e decidere di conseguenza in base alla regola ordinaria di cui all'art. 2697 c.c.»⁽⁵²⁾.

Dubbioso sembra, invece, Perfetti, il quale denuncia il passaggio della giurisprudenza «dal concetto di disponibilità della prova a quello, assai più discutibile, di vicinanza» e afferma che «i poteri acquisitivi possono dipendere solo dalla indisponibilità, dimostrata, della prova e non dalla posizione delle parti nel rapporto sostanziale o da un generico concetto di vicinanza della prova, il cui contenuto non è chiarito»⁽⁵³⁾.

Per restare nell'ambito del volume che oggi presentiamo, Carlotto, più sommamente, osserva che, a ben guardare, oggi è superfluo richiamare il principio della vicinanza della prova, «[s]tante la vigenza del criterio positivo della disponibilità della prova che, dal punto di vista logico-giuridico, include l'intera area semantica coperta da quello della “vicinanza alla prova”»⁽⁵⁴⁾.

Minimizzano ancora di più la differenza tra «disponibilità» e «vicinanza» Panzarola, il quale rimarca che «il richiamo alla “disponibilità” della prova può intendersi (ed è in effetti inteso) quale “vicinanza” di essa alle parti»⁽⁵⁵⁾, e Serra, secondo cui il principio di disponibilità della prova è «evidentemente affine se non sinonimo del principio di vicinanza della prova»⁽⁵⁶⁾.

Quest'ultimo Autore ritorna poi, quasi senza avvedersene, sulla formula del c.d. «principio di prova», che aveva dapprima criticato, per evidenziare che l'art. 64, comma 1, c.p.a. — che sancisce l'onere delle parti di «fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità» — dev'essere letto in combinato disposto con il precedente art. 63, comma 1 — ove prevede che il giudice può chiedere d'ufficio chiarimenti o documenti alle parti,

⁽⁵²⁾ *Op. cit.*, 219-221.

⁽⁵³⁾ *Problemi*, cit., 27-28, nt. 48.

⁽⁵⁴⁾ *Op. cit.*, 84, nt. 85.

⁽⁵⁵⁾ *Op. cit.*, 166.

⁽⁵⁶⁾ *Op. cit.*, 221.

«fermo restando l'onere della prova a loro carico» — per ricavarne, con una felice sintesi, «un sistema nel quale le parti — si badi, tutte le parti — non sono gravate (solo) da un onere di principio di prova, ma dal fornire tutte le prove a fondamento dei fatti che allegano e che siano nella loro disponibilità» (57).

Come si vede, l'utilizzo della formula del «principio di prova» non comporta alcun rischio: l'importante è che sia chiaro che la distribuzione degli oneri probatori si basa sulla disponibilità/vicinanza della prova, principio del resto costantemente applicato dal giudice amministrativo, che vi introduce, peraltro, dei temperamenti (58).

4. L'onere della prova dopo quindici anni di codice processuale: conferme e novità (?)

Come già riferito, Perfetti attribuisce al codice del processo amministrativo il merito di prevedere, «con grande chiarezza», i compiti delle parti e del giudice in materia di istruzione probatoria: alle prime spetta introdurre i fatti nel giudizio e provarli, salvo che, oggettivamente, non abbiano la disponibilità delle prove; al giudice acquisire la prova da chi ne dispone (59).

Meno entusiasta della disciplina codicistica sull'istruttoria sembra, invero, Carloti, secondo cui essa «è confusa a causa di alcune sovrapposizioni concettuali» e contiene norme «impre-

(57) *Op. cit.*, 221-222.

(58) Cfr., da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 7 marzo 2025, n. 1924, in *www.lexitalia.it*, n. 3/2025, secondo cui «[l]’onere della prova dell’ultimazione entro una certa data di un’opera edilizia abusiva, allo scopo di dimostrare che essa rientra fra quelle per le quali si può ottenere una sanatoria speciale, ovvero fra quelle per cui non era richiesto un titolo *ratione temporis* perché realizzate legittimamente senza titolo, incombe sul privato a ciò interessato, in base al principio di vicinanza della prova. Va però ammesso “un temperamento secondo ragionevolezza nel caso in cui, il privato da un lato porti a sostegno della propria tesi sulla realizzazione dell’intervento prima di una certa data elementi rilevanti (aerofotogrammetrie, dichiarazioni sostitutive di edificazione o altre certificazioni attestanti fatti che costituiscono circostanze importanti) e, dall’altro, il Comune non analizzi debitamente tali elementi e fornisca elementi incerti in ordine alla presumibile data della realizzazione del manufatto privo di titolo edilizio”».

(59) *Op. ult. cit.*, 12.

cise», tali da far dipendere «la fisionomia dell'istruttoria e, con essa, dell'intero processo amministrativo» dal concreto atteggiarsi del principio dispositivo, «in base all'interpretazione giurisprudenziale» (60).

Come ho avuto modo di evidenziare un paio d'anni dopo l'approvazione del codice (61), i primissimi commentatori erano stati pressochè unanimi nell'affermare che lo stesso ha inciso in modo molto limitato sul previgente sistema probatorio del processo amministrativo, anche perché ne è stata espunta la norma che, richiamando espressamente il principio dispositivo, affermava l'esistenza di un onere pieno della prova (62). In sostanza, secondo la stragrande maggioranza della dottrina occupatasi del tema nei primi mesi successivi all'entrata in vigore del codice, la formula del principio dispositivo con metodo acquisitivo continua ancora a connotare il processo amministrativo (63), atteso che, mentre si riconosce al giudice il potere d'ufficio di chiedere chiarimenti o documenti (art. 63, comma 1) e di acquisire informazioni (art. 64, comma 3), si limita l'onere della prova incombente sulle parti agli elementi di prova che si trovano nella loro disponibilità (art. 64) (64).

(60) *Op. cit.*, 75 e 80.

(61) F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 93 ss., spec. 104-106.

(62) Per quest'ultima osservazione, cfr. R. GRECO, *I poteri istruttori e di accertamento del giudice amministrativo* (Relazione al Seminario su «Il giudice amministrativo e il codice del processo: la difficile sfida» - Roma, 27 maggio 2010), in www.giustizia-amministrativa.it, § 4; C.E. GALLO, *I mezzi di prova e l'istruttoria* (Relazione al Convegno su: «Il primo codice del processo amministrativo» - Milano, 18-20 ottobre 2010), 2-3 del dattiloscritto.

(63) Così S. CACACE, *La ricorrenza "guicciardiana" ed il processo amministrativo tra "vetera et nova". L'istruttoria* (Intervento al Convegno su: «Tra patrimonio e processo. L'eredità scientifica di un nobile Maestro: a cent'anni dalla nascita e a quaranta dalla morte di Enrico Guicciardi» - Udine, 14 maggio 2010), in www.giustizia-amministrativa.it, § 5.

(64) C.E. GALLO, *op. cit.*, 3-4; ID., *Manuale di giustizia amministrativa*, 5ª ed., Torino, 2010, 220; D. DI CARLO, *Artt. 63 e 64*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di E. Picozza, Torino, 2010, 116 ss.; RO. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 372; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it (novembre 2010), §

Scendendo più nel dettaglio, in una delle più approfondite analisi della disciplina codicistica in tema di prove, si è detto che la disponibilità della prova, solennemente enunciata nell'art. 64, comma 2, «rimane comunque schiacciata dal principio di prova (che è la sua esatta negazione) riaffermato nel primo comma dell'art. 64 e dal potere acquisitivo del giudice ribadito nel terzo comma dello stesso art. 64»: si ritiene, in sostanza, che, «[i]ndi-

4; G. D'ANGELO, *L'istruttoria*, in *Foro it.*, 2010, V, 215 ss.; A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 600-601, anche nella nt. 46; E. DE FRANCISCO, *Il nuovo codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado*, in PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Il codice del processo amministrativo* (Trascrizione delle lezioni in materia di decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 tenutesi presso la Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri nei mesi di novembre e dicembre 2010), in *www.astrid-online.it*, 76 ss.; F.G. SCOCA, *Artt. 63 e 64*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2010, 535 ss., il quale, dopo aver esordito affermando che «[f]inalmente, dopo circa 120 anni, il sistema probatorio si è adeguato alle esigenze di un processo dispositivo» e che «[l]a nuova disciplina della istruzione probatoria nel processo amministrativo modifica profondamente la disciplina pregressa» (*ivi*, 536), finisce per constatare che il sistema probatorio delineato dal codice risulta articolato, da un lato, sull'onere gravante sulle parti, e, dall'altro, su ampi poteri officiosi, per cui con la nuova disciplina non viene superata «(almeno apparentemente) la risalente ricostruzione del sistema probatorio proprio del processo amministrativo (sistema dispositivo con metodo acquisitivo), dato che l'onere della prova, posto a (totale) carico delle parti è coesistente al modello del processo dispositivo, mentre la previsione di (rilevanti) poteri officiosi del giudice è tipica del modello del processo inquisitorio»; C. SALTELLI, *op. cit.*, 592-593; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 13^a ed., Milano, 2011, 850; M. PROTTO, *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice nel processo amministrativo* (Relazione all'Incontro su: «Le garanzie delle giurisdizioni» - Venezia, 7-9 aprile 2011), in *www.grupposanmartino.it*, § 5.4; C. LAMBERTI, *Disponibilità ed onere della prova* (Relazione al Convegno su: «La disponibilità della domanda nel processo amministrativo» - Roma, 10-11 giugno 2011), 16-17 e 21-23 del dattiloscritto; N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, 3^a ed., Milano, 2011, 239-240; G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, 478. In posizione in certo senso intermedia, A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova* (Intervento al Convegno da ultimo citato), § 2, secondo il quale il codice non disattende il sistema tradizionale, ma lo riconduce nei termini della sua originaria elaborazione: «non cioè come mero onere di allegazione, ma tuttavia nemmeno nel senso dell'asettica applicazione del principio dell'onere della prova»; L. GIANI, *La fase istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, 4^a ed., Torino, 2011, 361 e 365, la quale ravvisa una notevole attenuazione del metodo acquisitivo; V. SALAMONE, *Prime note illustrative del nuovo processo amministrativo dinanzi ai Tribunali amministrativi regionali*, Palermo, 2010, 99, secondo cui l'art. 63 c.p.a. ha parzialmente modificato il sistema tradizionale improntato al metodo acquisitivo.

pendentemente dal principio della “parità delle armi” al giudice amministrativo sarebbe ancora consentito di trasferire la richiesta di prova dall’uno all’altro soggetto del rapporto controverso e distribuire diversamente l’onere della prova a seconda dell’andamento del processo» (65). Secondo questa dottrina, peraltro, il concetto di «disponibilità» enunciato dall’art. 64 c.p.a., consistendo in sostanza in un onere di allegazione della prova (comma 1) temperato dal potere del giudice di acquisire le informazioni e i documenti che siano nella disponibilità dell’amministrazione (comma 3), non coinciderebbe con quello di prova «onerata dalle parti» dell’art. 2697 c.c. e denoterebbe il malcelato intento di reintrodurre un libero apprezzamento della prova proprio del metodo acquisitivo e non di quello dispositivo (66).

La situazione non muta volgendo lo sguardo alle prime pronunce giurisprudenziali, parimenti pressoché unanimi nell’affermare che anche dopo l’entrata in vigore del codice il sistema probatorio del processo amministrativo è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo (67), che — secondo talune sentenze — ha trovato anzi ulteriori conferme (68) e «definitiva consolidazione» (69). Del tutto isolate sono alcune pronunce, secondo le quali, invece, l’avvento del codice avrebbe profondamente innovato in materia, assegnando essenzialmente alle parti il tema probatorio e vietando al giudice di supplire, con i propri poteri istruttori, agli incombeni gravanti sulle stesse (70).

(65) Così C. LAMBERTI, *op. cit.*, 22.

(66) C. LAMBERTI, *op. cit.*, 24-25.

(67) In tal senso, tra le tante, Cons. St., Sez. III, 14 giugno 2012, n. 3528, in *www.lexitalia.it*, n. 6/2012; Sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 586, *ivi*, n. 2/2012; Sez. IV, 16 maggio 2011, n. 2955, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 1518; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 12 aprile 2011, n. 2079, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(68) T.A.R. Puglia-Bari, Sez. III, 25 novembre 2011, n. 1803, in *Foro amm. – TAR*, 2011, 3635.

(69) Così T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, ord. 6 aprile 2011, n. 904, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2011.

(70) In tal senso, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 1 dicembre 2010, n. 26440, in *www.lexitalia.it*; in termini, T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 1 agosto 2011, n. 2044, *ivi*, n. 7-8/2011; in *Foro amm. – TAR*, 2011, 2588; in *Giurisd. amm.*, 2011, II, 1334.

Pur essendo stati convinti sin dall'inizio che — come rilevato dalla surriportata dottrina — sulla disponibilità e sull'onere della prova «il codice pasticcia un po'»⁽⁷¹⁾, destabilizzando soprattutto la giurisprudenza⁽⁷²⁾, abbiamo provato allora a ricomporre il mosaico facendo tesoro dell'esperienza processualciviltistica e della stessa giurisprudenza amministrativa formatasi sia prima che dopo l'entrata in vigore del codice, finendo per nutrire seri dubbi sull'effettiva portata innovativa di quella sparuta giurisprudenza che, mentre sembrava predicare la definitiva scomparsa del metodo acquisitivo⁽⁷³⁾, a ben guardare, laddove affermava che «il giudice non deve supplire con propri poteri istruttori ad incumbenti cui la parte può diligentemente provvedere», non faceva altro che applicare, forse inconsapevolmente, il criterio della vicinanza della prova.

La lettura delle disposizioni codicistiche operata «a caldo» da dottrina e giurisprudenza prevalenti — secondo cui, in sostanza, nulla è cambiato — risulta confermata negli anni successivi⁽⁷⁴⁾, fino ai

(71) C. LAMBERTI, *op. cit.*, 23. Ancora più severo il giudizio di A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice*, cit., 467, il quale stigmatizzava, in particolare, la «pessima redazione dell'art. 64 — il cui comma 3°, considerato isolatamente, parrebbe legittimare un intervento “acquisitivo” del giudice in realtà sostanzialmente inquisitorio, perché totalmente sganciato dalle prospettazioni dei contendenti».

(72) G. TROPEA, *Prime considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1158-1166.

(73) Cfr., in part., T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, n. 26440/2010, cit.

(74) La giurisprudenza, infatti, pur ribadendo che anche nel processo amministrativo vige il principio dell'onere della prova, stabilito in termini generali dall'art. 2697 c.c. (T.A.R. Molise, Sez. I, 13 marzo 2015, n. 107, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 19 febbraio 2015, n. 84, *ibidem*), ha continuato a ritenere che l'applicazione del principio stesso presupponga che le parti abbiano la piena disponibilità degli elementi che possono provare la fondatezza dei loro assunti (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VI, 13 febbraio 2015, n. 1101, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. IV, 3 febbraio 2015, n. 748, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5662 e 29 maggio 2014, n. 2782, *ibidem* e in www.lexitalia.it, n. 5/2014) e a giustificare, quindi, il temperamento di tale principio attraverso il c.d. metodo acquisitivo al fine di rimediare alla disuguaglianza di posizioni tra amministrazione e privati cittadini (Cons. St., Sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 822 e 21 gennaio 2015, n. 178, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. II, 2 febbraio 2015, n. 326 e 19 gennaio 2015, n. 196, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 352, *ibidem*; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. III, 15 gennaio 2015, n. 58, *ibidem*).

giorni nostri ⁽⁷⁵⁾, come del resto dimostra la stessa giurisprudenza sul principio della disponibilità della prova richiamata da Perfetti.

Per quanto concerne la dottrina, mi limito a segnalare due recenti studi che, dopo aver confrontato la nozione elaborata da Feliciano Benvenuti con le norme del codice del processo amministrativo, giungono alla conclusione che la relativa disciplina conferma la vigenza del metodo acquisitivo; l'uno manifestando peraltro aperta condivisione per la mia impostazione secondo cui l'applicazione del principio dispositivo puro o del metodo acquisitivo è regolata dal criterio della disponibilità o vicinanza della prova ⁽⁷⁶⁾, l'altro ritenendo innegabile «che l'istruttoria processuale sia stata disciplinata con un grossolano grado di approssimazione» ⁽⁷⁷⁾.

Da ultimo, non posso far ameno di menzionare l'autorevolissima notazione di Giovanni Verde, secondo cui mentre l'art. 64 c.p.a. collega l'onere della prova alla disponibilità degli elementi di prova, il precedente art. 63 «tratta dell'onore della prova non in funzione del riparto degli oneri probatori, ma del rischio per la mancata prova, confermando il tradizionale metodo acquisitivo» ⁽⁷⁸⁾.

5. Onere della prova e situazioni giuridiche dedotte in giudizio.

Forti critiche vengono mosse da Perfetti alla giurisprudenza che esclude l'operatività del metodo acquisitivo e del principio di

⁽⁷⁵⁾ *Ex plurimis*, T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 11 dicembre 2024, n. 739, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 23 ottobre 2024, n. 810, *ibidem*; Cons. St., Sez. II, 10 maggio 2024, n. 4247, in *Riv. giur. edil.*, 2024, I, 713, e 22 gennaio 2024, n. 721, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. V-bis, 29 marzo 2024, n. 6230, *ibidem*.

⁽⁷⁶⁾ G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 578 ss., spec. 591.

⁽⁷⁷⁾ F.S. DURANTI, *Untersuchungsgrundsatz e metodo acquisitivo: spunti di rilettura dell'istruttoria processuale (anche) alla luce dell'esperienza tedesca*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 898-899, il quale conclude lo studio auspicando il definitivo superamento del «complesso garbuglio generato dagli artt. 63 e 64 c.p.a.» (*ivi*, 913). Di «espressioni neutre ed in qualche misura ambigue» parla, da ultimo, C.E. GALLO, *La giurisdizione amministrativa*, Torino, 2024, 245.

⁽⁷⁸⁾ *Attualità del principio*, cit., 629.

disponibilità della prova nelle controversie risarcitorie: ad avviso dell'Autore, essa «si spiega solo in relazione al pervicace tentativo della giurisdizione amministrativa di comprimere il contenuto dell'azione risarcitoria fin quasi ad eliminarne l'utilità ed effettività» (79). Si tratta, secondo Perfetti, «di una giurisprudenza che si fonda su affermazioni generiche ed ideologiche anche quanto al perimetro entro il quale si applicherebbe una simile regola, giacché essa sarebbe propria delle controversie risarcitorie, ovvero di tutte le ipotesi in cui si faccia materia di diritti soggettivi innanzi al giudice amministrativo – arrivandosi a sostenere che non trovi applicazione l'art. 64 c.p.a.»; essa «è del tutto inaccettabile, non solo perché tratta egualmente vicende differenti [...], ma perché, in evidente contrasto con l'art. 24 Cost. ed i principi di pienezza della giurisdizione che vengono dal diritto dell'Unione, rende ingiustificatamente disagevole l'azione giurisdizionale per intere categorie di domande o giudizi. È, infatti, del tutto evidente che la disponibilità della prova non dipende dalla natura della posizione soggettiva, né dal contenuto della domanda» (80).

Tali osservazioni critiche sono condivise da Carlotti, secondo cui «è indiscutibile che le norme codicistiche non differenzino le regole del riparto in base alla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio», non ravvisandosi «un differente atteggiarsi della regola sull'onere della prova nel senso che essa si applichi con rigore nelle controversie su diritti soggettivi e si tramuti, invece, in un più mite onere del principio di prova per gli interessi legittimi» (81).

La pensa allo stesso modo Panzarola, secondo cui l'art. 64, comma 1, c.p.a. «gode, a quanto pare, di efficacia generale, valevole quale che sia la giurisdizione disimpegnata dal giudice amministrativo e così indipendentemente dalla situazione soggettiva azionata e a prescindere dalla forma di tutela impartita» (82).

(79) *Problemi*, cit., 33.

(80) *Op. ult. cit.*, 34-35, 37.

(81) *Op. cit.*, 80.

(82) *Op. cit.*, 183 e 188-189.

Ancorché, prima della codificazione, avessi ritenuto illogico un regime probatorio diversificato a seconda che la giurisdizione sui diritti appartenga al giudice ordinario ovvero a quello amministrativo ⁽⁸³⁾, adesso, in mancanza del benché minimo addentellato normativo, non posso che prendere atto della scelta del legislatore del 2010 e convenire con la prevalente opinione, in linea del resto con la più attenta dottrina del processo civile, assai chiara nell'affermare che «l'art. 64 vale per la generalità dei processi che si svolgono davanti al giudice amministrativo, quindi non soltanto quelli volti a sindacare la legittimità dell'atto della pubblica amministrazione, ma anche quelli di risarcimento del danno consequenziale e quelli, di giurisdizione esclusiva, aventi ad oggetto la tutela di diritti soggettivi» ⁽⁸⁴⁾.

Già in passato, del resto, avevo osservato che una corretta applicazione del principio della disponibilità (o vicinanza) della prova, oltre ad apparire assolutamente coerente con il principio dispositivo che permea il processo amministrativo ⁽⁸⁵⁾, induce a ritenere errata l'affermazione che, nelle controversie risarcitorie, non vi siano mai ragioni per discostarsi dai tradizionali principi civilistici, secondo cui l'onere della prova, sia per il danno emergente che per il lucro cessante, incombe su chi fa valere la pretesa in giudizio ⁽⁸⁶⁾. Come ho tentato di dimostrare ormai un ventennio orsono ⁽⁸⁷⁾, infatti, anche nelle predette controversie,

⁽⁸³⁾ *I nova*, cit., 294-295.

⁽⁸⁴⁾ C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1393.

⁽⁸⁵⁾ Ne conviene da tempo anche L.R. PERFETTI, *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il "metodo acquisitivo"*. Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c., in *Scritti in memoria di R. Marrama*, Napoli, 2012, II, 741 e 759-760, pur paventando il rischio che un uso incontrollato dei poteri officiosi possa comportare una reale alterazione di tale principio.

⁽⁸⁶⁾ Convincimento che, poco prima che si avviasse l'iter legislativo poi sfociato nel codice, era stato ribadito dallo stesso P. DE LISE, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2008, § 6.

⁽⁸⁷⁾ F. SAITTA, *La prova del danno e l'incerta «civiltà» del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2005, 1564-1565; nello stesso senso, G. LEONE, *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, Padova, 2006, 467, il quale parimenti osserva che, anche quando *iure privatorum utitur*, l'amministrazione detiene atti e documenti che non sempre sono nella disponibilità del privato, sicché anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva

caratterizzate da una sostanziale pariteticità dei contendenti, può giustificarsi l'intervento del giudice ogniqualvolta la parte istante non sia in possesso dei dati fattuali rilevanti per la soluzione della controversia ⁽⁸⁸⁾: è sbagliato, in altri termini, fare di tuttata l'erba un fascio, dando per scontato che il ricorrente abbia sempre la piena disponibilità del materiale probatorio richiesto o indicato quale dimostrazione della pretesa risarcitoria ⁽⁸⁹⁾, anche perché, in molti casi, quest'ultima trae origine dall'accoglimento di una pregressa (almeno dal punto di vista logico, se non anche cronologico) domanda di annullamento di un provvedimento e vede, quindi, il ricorrente collocato nella medesima posizione di inferiorità nei confronti della parte pubblica che aveva al momento dell'instaurazione del processo ⁽⁹⁰⁾.

Non a caso, del resto, autorevole giurisprudenza, in dissenso rispetto all'orientamento prevalente, ha talvolta ritenuto applicabile l'anzidetto potere acquisitivo anche nelle controversie risarcitorie ⁽⁹¹⁾.

Del tutto condivisibile, d'altronde, mi sembra l'affermazione secondo cui, «[f]ra i numerosi criteri di ripartizione dell'onere

la posizione processuale delle parti appare sperequata, come in sede di legittimità. Più in generale, un rilievo critico nei riguardi dell'applicazione indiscriminata della regola dell'onere della prova nelle controversie in materia di diritti soggettivi si trova in C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, 11^a ed., rist. agg., Torino, 2024, 229.

⁽⁸⁸⁾ Di questo avviso pareva anche M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 116 ss.

⁽⁸⁹⁾ In tal senso, da ultimo, anche B.G. DI MAURO, *Quo vadis giudice amministrativo nel caso Sanremo? Perché Sanremo è Sanremo, ma il principio dispositivo con metodo acquisitivo è il principio dispositivo con metodo acquisitivo. Note e critiche alle ordinanze del T.A.R. Liguria n. 213 e n. 266 del 2024*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, 937-938.

⁽⁹⁰⁾ Si pensi, ad es., alla prova dell'occupazione abusiva di un immobile, che talvolta può essere data esclusivamente attraverso il verbale di immissione in possesso, che non è detto sia nella disponibilità del danneggiato.

⁽⁹¹⁾ Si allude a Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in www.giustamm.it, n. 3/2011, che, in sede di applicazione della *regula juris ex art. 1227, comma 2, c.c.*, ha ritenuto che il giudice amministrativo possa (e debba) valutare, «senza necessità di eccezione di parte ed acquisendo anche d'ufficio gli elementi di prova all'uopo necessari», se il presumibile esito dell'azione di annullamento e dell'utilizzo degli altri strumenti di tutela avrebbe evitato in tutto o in parte il danno.

della prova elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quello della “vicinanza” è certamente il criterio che più di ogni altro tende ad assicurare che la raccolta del materiale di fatto e dei mezzi di prova sia la più completa possibile» (92).

6. La distribuzione dell'onere della prova tra principi (tanti, forse troppi) e regole (imprecise).

Nel denso saggio ospitato nel volume che oggi presentiamo, Carlotti si diffonde a lungo sui principi che governano, in vario modo, l'istruttoria processuale: dal principio della domanda (con i suoi corollari) al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; dal principio di effettività della tutela giurisdizionale ai principi della parità delle parti, del contraddittorio, di buona fede, del giusto processo e della cooperazione per la ragionevole durata del processo; infine, sul principio dell'onere della specifica contestazione dei fatti, sul principio inquisitorio e sul principio del libero e prudente apprezzamento delle prove da parte del giudice (93).

Ciò non deve stupire in quanto numerosi sono i principi, generali o fondamentali, che orientano l'interprete della norma processuale, da un lato, a preferire, tra i suoi molteplici significati ai quali potrebbe portare il processo interpretativo, quello a essi più aderente o quello che ne assicuri meglio il bilanciamento e, dall'altro, a interpretare in maniera restrittiva le disposizioni che eccezionalmente vi derogano in maniera espressa (94): alcuni di essi vengono quotidianamente applicati anche nel processo amministrativo e sono stati codificati nel 2010 (95).

(92) M. GARAVAGLIA, *Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1360.

(93) *Op. cit.*, *passim*.

(94) Sul «ruolo imprescindibile dei principi nel complesso della normazione generale sul processo, tale che l'interprete è tenuto ad effettuare una lettura della seconda in senso orientato esattamente verso di essi, sia nel caso in cui siano sovraordinati, sia in quello in cui siano pariorinati», da ultimo, G. BASILICO, *Principi, norme, regole sul processo*, in questa *Rivista*, 2024, 96.

(95) Sul punto, da ultimo, C.E. GALLO, *I principi del processo amministrativo tra codificazione e attuazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2025, 5 ss.; cfr., altresì, L. TORCHIA, *Il*

Il problema sta, piuttosto, nel fatto che, come da tempo segnalato da Andrea Panzarola, «[p]arallelamente alla proliferazione di principi processuali d'ogni tipo, ha preso forma una sensibile dequotazione delle regole, anche di quelle funzionali alla assicurazione del giusto processo»⁽⁹⁶⁾. Il giudice amministrativo, in particolare, «non ha mai vissuto in modo rigido il suo legame con le norme, ed ha sempre rifiutato il ruolo di “bocca della legge”, anche in periodi di eccessivo formalismo», scegliendo talvolta, coscientemente, di non sentirsi vincolato al dettato legislativo, «preferendo interpretazioni fondate sull'ideologia politica o sui valori predominanti nella società in quel dato momento storico»⁽⁹⁷⁾.

Ecco, allora, che, restando all'istruttoria, non può farsi a meno di notare come, nell'ambito del libro di cui discutiamo, Carlotti, oltre a definire confusa e imprecisa la disciplina codicistica sull'istruttoria, abbia pure osservato, con grande onestà intellettuale, come la conciliazione di due principi tra loro apparentemente confliggenti, ossia il principio dispositivo e quello inquisitorio, «si risolv[a] necessariamente [...] nel riconoscimento di una discrezionalità giudiziaria molto estesa nella gestione dell'istruttoria processuale amministrativa e dei suoi esiti»⁽⁹⁸⁾.

Un problema analogo è stato segnalato da Panzarola con riguardo alla propensione della giurisprudenza civile all'impiego «slargato» della nozione di vicinanza alla prova, propensione nella quale egli rinviene «l'ennesima espressione di una più vasta

nuovo Codice del processo amministrativo. I principi generali, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117 ss., spec. 1120-1121, laddove si afferma che «la codificazione dei principi generali introietta, per così dire, nel Codice il ruolo del diritto pretorio, che è chiamato ad applicare le norme positivamente poste utilizzando i principi generali come parametri e come criteri interpretativi, che forniscono un indirizzo all'attività dell'interprete e, allo stesso tempo, consentono il necessario adattamento alle sempre nuove esigenze di tutela». Per maggiori approfondimenti su quest'ultimo aspetto, cfr., *si vis*, F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminazione e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 263 ss., spec. 291 ss.

⁽⁹⁶⁾ *Il ragionamento giuridico nel pensiero di un compianto Maestro*, in questa *Rivista*, 2022, 775.

⁽⁹⁷⁾ G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1186-1187 e 1192.

⁽⁹⁸⁾ *Op. cit.*, 76

tendenza a svalutare, anche in materia processuale, la puntualità della regola legislativa, rimodulata, se non soppiantata, da principi, clausole generali, ecc., profilati con linguaggio vago e ambiguo (che, appunto, — per i loro contorni sfocati e cangianti — dilatano la discrezionalità del giudice, amplificando fatalmente l'incertezza nelle parti e l'imprevedibilità della decisione»⁽⁹⁹⁾).

Avveduta dottrina ritiene che, a legislazione invariata, un modo per evitare le derive applicative delle disposizioni sui poteri istruttori officiosi si possa, forse, rinvenire nel generale principio di legalità, la cui vigenza discende dalla riserva di legge nei confronti del potere giudiziario sancita dall'art. 111, comma 1, della Costituzione, e invoca quantomeno un'interpretazione sistematica delle disposizioni in materia «che possa ancorare l'esercizio di questi poteri a precisi presupposti»⁽¹⁰⁰⁾.

Il sottoscritto, pur essendo stato sempre favorevole a un ampio utilizzo dei poteri istruttori officiosi in presenza di un'obiettiva difficoltà delle parti di provare quanto allegato e condividendo la recente osservazione secondo cui «la tendenziale ritrosia del giudice amministrativo all'utilizzo dei mezzi istruttori pare “risolvere” in radice l'eventualità di derive applicative nell'esercizio del metodo acquisitivo»⁽¹⁰¹⁾, ha costantemente evidenziato come la disciplina codicistica in materia di ammissione e assunzione delle prove non sia sufficientemente precisa e lasci al giudice eccessivi spazi di discrezionalità⁽¹⁰²⁾. Questo stato di cose non può ritenersi soddisfacente, in quanto la determinazione del ruolo, più o meno attivo, che sia giusto riconoscere al giudice nella ricerca della verità dovrebbe essere frutto di ben precise scelte di politica legislativa e non esser affidata al singolo giudicante. Si tratta di un concetto che — come avevamo avuto modo di segnalare ormai

⁽⁹⁹⁾ *Onere della prova*, cit., 202-203.

⁽¹⁰⁰⁾ G. MANFREDI, *op. ult. cit.*, 600-601.

⁽¹⁰¹⁾ Così C. SERENI LUCARELLI, *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, Bologna, 2024, 147.

⁽¹⁰²⁾ Sul punto, di recente, F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 265 ss.

venticinque anni addietro nel commentare le ricadute che avrebbe potuto avere sull'onere della prova l'introduzione del principio di trasparenza amministrativa a opera della legge sul procedimento⁽¹⁰³⁾ — la più accorta dottrina ha da tempo esplicitato, escludendo che il carattere del processo moderno e del sistema probatorio secondo il quale è modellato possa tollerare che il giudice decida, anziché rigettando le pretese fondate su fatti non provati, stabilendo, caso per caso, quale sia la parte onerata: una siffatta soluzione, infatti, viola il principio di legalità e rende l'attività giudiziaria irrazionale e arbitraria⁽¹⁰⁴⁾.

La stessa dottrina, tornando sull'argomento pochi mesi fa, non ha potuto far altro che constatare con amarezza che «[l']avere, così, trasformato l'art. 2697 in una sorta di flessibile norma di indirizzo è il segno dell'attuale disordine ordinamentale nel quale il giudice “sottoposto alla legge” tende a “fare la legge” e, quindi, a sostituirsi al “re”, per cui a noi giuristi spetta il compito di contrastarlo là dove tracimi, oltrepassando ciò che è strettamente

⁽¹⁰³⁾ F. SAITTA, *Il sistema probatorio*, cit., 43-45.

⁽¹⁰⁴⁾ G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 627, secondo cui, ove si attribuisse al giudice la possibilità di configurare gli elementi della fattispecie, a suo piacimento, al positivo o al negativo, si violerebbe l'art. 101 Cost.; A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata*, in *Foro it.*, 1973, V, 239, ora in *Id.*, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, 228 ss.; più recentemente, M.G. DELLA SCALA, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della “indispensabilità”*, in questa *Rivista*, 2021, 521 ss., la quale parla al riguardo di «“nuove epifanie processuali rilevanti” sul piano dei rapporti tra giudice e legge»; R. DAGOSTINO, *Principi e regole dell'istruttoria in appello e intellegibilità della decisione giudiziaria. A proposito di una sentenza “oscurata” (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021, n. 5560)*, in *www.giustizia-insieme.it*, 3 novembre 2021, § 4; C. FILICETTI, *Ammissibilità in appello dei mezzi di prova “sopravvenuti”. Il principio dispositivo con metodo acquisitivo e il divieto di nova in appello (nota a Cons. di Stato, Sez. II, 26 gennaio 2024, n. 845)*, *ivi*, 3 aprile 2024, § 4. È appena il caso di rammentare che, ad avviso di M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, 1967, V, 9 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, 1996, I, 683 ss., spec. 695, «il principio del libero convincimento, si trova vietato soprattutto, per il profilo oggettivo dell'art. 101, comma 2, nel quale non si legge unicamente che il processo è soggetto solo alla legge, ma anche che il giudice applica la legge e non la fa, e per il profilo soggettivo, dell'art. 24, il quale tutela le situazioni giuridiche esistenti, quelle cioè che siano venute in vita per il principio delle fattispecie concrete cui la norma (e solo la norma!) le collega».

necessario e ragionevole. Non è molto, ma è quanto allo stato ci resta» ⁽¹⁰⁵⁾.

ABSTRACT: Il saggio costituisce una rielaborazione, aggiornamento e approfondimento della relazione svolta all'Incontro di studi su: «L'istruzione nel processo amministrativo», Roma, 13 marzo 2025.

ABSTRACT: *The essay is a reworking, updating and deepening of the report given at the Study Meeting on: «Investigation in the administrative trial», Rome, 13 March 2025.*

⁽¹⁰⁵⁾ G. VERDE, *Attualità del principio*, cit., 643.