

PRIMA SESSIONE – L’ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E CONTABILE PROCESSO AMMINISTRATIVO

La distribuzione dell’onere della prova tra le parti del processo amministrativo e la rilevanza dell’intervento del giudice

di ENRICO FOLLIERI

SOMMARIO: 1. Gli elementi generali rilevanti per l’acquisizione e la prova dei “fatti”. — 2. La prova del fatto nel processo amministrativo. — 3. L’azione costitutiva di annullamento, quando il ricorrente non contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione. — 4. L’azione costitutiva di annullamento, quando il ricorrente contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione o l’attendibilità delle soluzioni tecniche. — 5. L’azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi. — 6. Conclusioni.

1. Gli elementi generali rilevanti per l’acquisizione e la prova dei “fatti”.

La prova è volta a dimostrare che i fatti introdotti nel processo sono conformi al dato reale.

Ogni processo deve prevedere:

- a) come si devono introdurre i fatti nel processo;
- b) chi li può introdurre;
- c) chi li deve provare;
- d) il ruolo del giudice.

2. La prova del fatto nel processo amministrativo.

Se questi sono gli elementi generali rilevanti in ogni processo, per quello amministrativo vi è una peculiarità perché il fat-

to, quando si promuove l'azione costitutiva di annullamento, è acquisito attraverso l'accertamento eseguito dalla pubblica amministrazione con gli atti del procedimento e con l'atto che lo definisce (provvedimento o accordo o in altro modo previsto dalla legge) che intervengono prima del processo.

Questo dato di partenza condiziona i principi e le regole che disciplinano la prova e la parte che ne è onerata, nonché i poteri officiosi del giudice.

Quando si agisce, invece, per la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi o di diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva, muta il quadro del fatto, della prova e del relativo onere.

Nell'azione risarcitoria vi è: una componente che attiene all'azione amministrativa e, quindi, al procedimento ed all'atto conclusivo, per cui si riproduce la stessa situazione, quanto al fatto ed all'onere della prova, dell'azione costitutiva, se la sola illegittimità degli atti e non anche dei comportamenti dell'amministrazione, contestuali o successivi, integrino il fatto illecito; il rapporto di causalità tra fatto illecito e danno; l'evento dannoso ingiusto; il danno patrimoniale; la quantificazione di quest'ultimo e l'eventuale elemento soggettivo (se si ritiene necessario oltre all'accertata illegittimità dell'azione amministrativa) (¹).

Gli elementi della fattispecie risarcitoria richiedono un accesso diretto al fatto che non è "filtrato" attraverso il procedimento amministrativo e il suo atto conclusivo; qui il fatto va accertato e provato nel processo e le prove preconstituite hanno un ruolo decisamente secondario.

La pubblica amministrazione, nell'esercizio della sua azione autoritativa formalizzata nel procedimento e nel suo atto conclusivo, non raccoglie (non ha ragione di farlo) elementi per l'affermazione della sua responsabilità e per la quantificazione del danno.

(¹) Si segue la tesi più diffusa nella giurisprudenza, anche se è opinabile che si tratti di responsabilità extra contrattuale che trova disciplina nell'art. 2043 c.c.

Nell'azione di condanna al risarcimento dei danni, si è in presenza di un quadro di accertamento del fatto e probatorio diverso da quello che si delinea nell'azione costitutiva di annullamento, con l'affermazione di principi e regole diversi, quanto all'onere probatorio delle parti ed ai poteri del giudice.

Occorre quindi trattare distintamente l'argomento, in relazione all'azione di annullamento e a quella di condanna al risarcimento dei danni.

3. L'azione costitutiva di annullamento, quando il ricorrente non contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione.

L'azione di annullamento dell'atto amministrativo era l'unica tutela giurisdizionale in sede di legittimità, quando nel 1889 è stata istituita la Sezione Quarta, lo è stata per lungo tempo⁽²⁾ e, ancora oggi, è prevalente rispetto al più ampio ventaglio di azioni introdotto dal codice del processo amministrativo.

Nel T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 26 giugno 1924 n. 1054, l'art. 44, riproduttivo delle disposizioni della legge del 1889, per l'istruttoria stabiliva che «Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso, riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleto, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti», può disporre i mezzi di prova previsti.

L'istruttoria è stata disciplinata positivamente come eventuale perché il materiale ricostruttivo del fatto (e le relative prove se necessarie) sono raccolte prima del processo dalla pubblica amministrazione, tanto che un'interessante monografia del 1994, centrata su “La prova nel processo amministrativo”⁽³⁾, ha dovuto

⁽²⁾ Il legislatore ha previsto “timidamente” un'azione di condanna solo con la legge n. 1034/71 di istituzione dei Tribunali amministrativi regionali.

⁽³⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, che richiama nella nota n. 2 di pag. 2 dottrina autorevole che ha evidenziato la superfluità, se non addirittura la dannosità, di una fase istruttoria che dilaterebbe i tempi del giudizio il quale perderebbe la snellezza e la concentrazione in una sola udienza: E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 250; R. LASCHENA, *Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 47; G. PALEOLOGO, *La decisione*

esporre le ragioni della rilevanza e centralità dell'istruttoria (4).

Il fatto, nell'azione di annullamento, è, innanzitutto, quello che risulta dagli accertamenti e verifiche svolti dall'azione autoritativa e che si estrinseca nel procedimento e la sua conclusione, secondo le scansioni proprie regolate dalla legge.

Non deve destare meraviglia che l'introduzione del fatto nel processo amministrativo abbia ancora oggi, come soggetto privilegiato, la pubblica amministrazione che, nel costituirsi in giudizio, «deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio» (5) e che «il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione» (6).

Normalmente, il processo amministrativo valuta la legittimità dell'azione amministrativa, esaminando il procedimento amministrativo e l'atto conclusivo, senza dover accettare nel processo i fatti, utilizzando le c.d. prove preconstituite che l'amministrazione resistente deve depositare in giudizio e, in mancanza, il giudice ne dispone d'ufficio l'acquisizione.

Un primo rilevante elemento è, dunque, che il fatto è introdotto nel giudizio ad opera di una delle parti in causa, la pubblica amministrazione (7), salvo le contestazioni del ricorrente di cui si dirà appresso.

Ciò accade perché il giudice amministrativo esercita la giurisdizione nei confronti degli atti di un pubblico potere, dotato di autorità.

Sarebbe inconcepibile un processo che si basi essenzialmente sugli atti di una sola parte, se questi non fosse un pubblico potere autoritativo.

giurisdizionale amministrativa, in *Dinieghi ed ammissioni della p.a. e poteri del giudice amministrativo*, Atti del convegno tenutosi a Brescia il 20-21 ottobre 1989.

(4) C.E. GALLO, *op. cit.*, 1-16, quasi per “giustificare” la ricerca.

(5) Art. 46, comma 2, c.p.a.

(6) Art. 64, comma 3, c.p.a.

(7) C.E. GALLO, *op. cit.*, 48, osserva che l'amministrazione deve depositare gli atti in giudizio per dimostrare la legittimità del provvedimento.

Un altro elemento è che il giudice ha il potere di disporre l'acquisizione degli atti amministrativi.

Questo assetto probatorio ha portato autorevole dottrina degli anni cinquanta del secolo scorso a definire il processo amministrativo come un processo dispositivo con metodo acquisitivo⁽⁸⁾ che è formula tutt'ora seguita dalla giurisprudenza⁽⁹⁾.

Il ricorrente deve cioè indicare un principio di prova che legittimi il giudice all'esercizio del potere acquisitivo.

Condivido quanto rilevato in dottrina che il principio di prova che deve addurre il ricorrente sia semplicemente l'onere «di rappresentare in modo apprezzabile e apparentemente coerente le proprie censure, in modo da consentire al giudice di attribuire serietà all'impugnazione e di procedere alla valutazione della sua fondatezza»⁽¹⁰⁾.

Se, infatti, il giudice ha cognizione del fatto attraverso le prove preconstituite dalla pubblica amministrazione, non c'è spazio per una prova in senso tecnico, fornita dal ricorrente; il principio di prova non può che riguardare la serietà delle allegazioni di fatto e di diritto contenute nel ricorso.

Può definirsi principio di prova, se si vuole fare riferimento all'introduzione, da parte del ricorrente, del fatto nel processo che, certamente, è nei poteri di tale parte il cui atto introduttivo deve rispettare il contenuto dettato dall'art. 40 c.p.a.⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 149, definizione ripresa da quasi tutta la dottrina successiva e dalla giurisprudenza.

⁽⁹⁾ Cons. Stato, Sez. II, 10 luglio 2024, n. 6182: «L'onere della prova gravante sul ricorrente, imposto dall'art. 40, comma 1, lett. c), c.p.a., in rapporto all'art. 64, comma 1, c.p.a., può fondarsi su elementi indiziari, purché essi siano dotati della attendibilità sufficiente a costruire un principio di prova plausibile e idoneo a legittimare l'attività acquisitiva del giudice», motiv. par. 5.6; Cons. Stato, Sez. VII, 30 luglio 2024, n. 6854; Cons. Stato, Sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649; Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021, n. 5560; Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2021, n. 218; autorevolmente: Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2014, n. 32 e numerose altre.

⁽¹⁰⁾ C.E. GALLO, *op. cit.*, 49 che, alla nota 93, richiama l'opinione conforme di M. NIGRO e di E. CANNADA-BARTOLI.

⁽¹¹⁾ L'art. 40 c.p.a. prevede che il ricorso debba contenere, tra l'altro: l'oggetto della domanda, lett. b); l'esposizione sommaria dei fatti, lett. c); e i motivi specifici su cui si fonda il ricorso, lett. d), che, nell'insieme, danno consistenza e coerenza alla domanda

Quando il ricorrente non contesti l'accertamento (storico) dei fatti⁽¹²⁾, la distribuzione tra le parti dei momenti fondamentali per l'acquisizione e la prova dei fatti è così organizzata: il ricorrente introduce i fatti, secondo l'accertamento operato dall'amministrazione, deducendo vizi di legittimità dell'azione amministrativa, il resistente deposita in giudizio gli atti del procedimento e quello conclusivo che provano tali fatti.

Qui l'onere di provare i fatti che il ricorrente affermi sulla base degli accertamenti eseguiti dall'amministrazione è di quest'ultima, non del ricorrente, tanto che il giudice può disporre l'acquisizione di «informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione», ai sensi del terzo comma dell'art. 64 c.p.a., quando l'amministrazione resistente abbia eluso, totalmente o parzialmente, l'onere dell'amministrazione di produrre «eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio», come dispone il secondo comma dell'art. 46 c.p.a.

L'intervento del giudice che dispone l'acquisizione è volto a supplire alla violazione dell'onere di deposito da parte dell'amministrazione resistente, per cui il metodo acquisitivo evita che le allegazioni del ricorrente possano essere poste a base della decisione, senza il conforto delle prove preconstituite.

Ciò significa che, nell'azione di annullamento, quando il ricorrente non contesti i fatti come acquisiti dall'amministrazione resistente nel procedimento (ed è la normalità dei casi):

- a) i fatti giungono al processo attraverso l'accertamento eseguito dall'amministrazione prima del processo;
- b) la prova è quella preconstituita dalla pubblica amministrazione, non si forma nel processo ed è onere della parte resistente

che consente al giudice di apprezzare la serietà dell'impugnazione e la presenza del c.d. principio di prova.

(12) L'accertamento dei fatti è contestato dal ricorso quando si censuri l'errore di fatto, non il travisamento dei fatti che riguarda l'interpretazione (travisata) dei dati reali la cui storicità ed esistenza non viene posta in discussione.

- depositare gli atti e quindi dare la prova;
- c) il ricorrente ha l'onere di esporre sommariamente i fatti e dedurre i motivi, indicando l'eventuale provvedimento impugnato, senza alcun onere di versare in giudizio gli atti, nemmeno quello di cui si chieda l'annullamento;
 - d) il giudice, di fronte alla serietà dell'impugnativa, può ordinare all'amministrazione, nel rispetto del suo preciso onere processuale, di depositare gli atti in suo possesso nel giudizio, utilizzando i poteri di ufficio; l'acquisizione è disposta per tutelare la pubblica amministrazione perché, diversamente, il giudice deve ritenere fondata la domanda del ricorrente; il metodo acquisitivo giova alla pubblica amministrazione e supplisce alla sua inadempienza processuale rispetto all'onere della prova.

L'onere della prova è posto a carico dell'amministrazione perché è conseguente ad un processo che giudica gli atti di un pubblico potere autoritativo che sono nella disponibilità dell'amministrazione.

Non è paradossale che l'onere della prova non incomba a *ei qui dicit*, il ricorrente, ma all'amministrazione resistente, perché quest'ultima, prima del processo, ha esercitato il potere che ha inciso sull'interesse legittimo oppositivo del ricorrente, sacrificandolo, ovvero sull'interesse protensivo, negandone la soddisfazione. Il processo amministrativo deve verificare se il sacrificio della situazione giuridica soggettiva, oppositiva o pretensiva, sia intervenuto legittimamente attraverso l'adozione degli atti procedimentali e del suo atto conclusivo, esercizio del potere autoritativo che va giustificato.

Per il controinteressato, rileva la distribuzione dell'onere della prova, quando promuova il ricorso incidentale e si trova nella stessa posizione che ha il ricorrente principale con la pubblica amministrazione e con il giudice.

4. L'azione costitutiva di annullamento, quando il ricorrente contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione o l'attendibilità delle soluzioni tecniche.

Il ricorrente può dedurre che: i fatti accertati dall'amministrazione non siano conformi alla realtà; gli accertamenti dello stato dei luoghi non rispondano alla effettiva situazione; i rilievi ed i giudizi tecnici dell'amministrazione non siano attendibili; in una parola, nel ricorso può essere contestato qualsiasi accertamento, ricostruzione e giudizio tecnico (oltre, ovviamente, il quadro normativo di riferimento) ed il codice del processo amministrativo consente l'esperimento di tutti i mezzi di prova ammessi nel processo civile (ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento), per rendere le risultanze processuali il più aderente possibile alla realtà.

Il codice del processo amministrativo non presenta le limitazioni proprie dell'art. 44 del T.U. n. 1054 del 1924 sul Consiglio di Stato che, per superare le contraddittorietà e l'incompletezza dell'istruttoria svolta dalla pubblica amministrazione, stabiliva che il giudice «può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni».

Già con l'art. 16 della L. n. 205/2000, è stata aggiunta la previsione che il giudice amministrativo può «disporre consulenza tecnica», aprendo l'istruttoria, prima privilegio dell'amministrazione resistente, a soggetti terzi e il codice del processo amministrativo ha completato questa evoluzione, più rispettosa dei canoni del giusto processo, anche coinvolgendo il ricorrente ed il controinteressato nell'espletamento.

Infatti, il giudice: «può chiedere alle parti», non più alla sola parte resistente, «anche d'ufficio chiarimenti o documenti» ⁽¹³⁾; «anche d'ufficio, può ordinare anche a terzi», non soltanto alle parti del processo, «di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario» secondo gli articoli 210 e ss. c.p.c. e può «di-

⁽¹³⁾ Art. 63, comma 1, c.p.a.

sporre l'ispezione ai sensi dell'art. 118 c.p.c.»⁽¹⁴⁾; «qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche», «può ordinare l'esecuzione di una verificazione ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica»⁽¹⁵⁾; «può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento»⁽¹⁶⁾; «può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione»⁽¹⁷⁾.

Il giudice può disporre l'assunzione dei mezzi di prova, senza che le parti lo richiedano, poiché sono poteri che esercita d'ufficio, come espressamente specificato nelle disposizioni del codice di rito, anche per la consulenza tecnica e per le verificazioni ai sensi dell'art. 19 c.p.a. che, peraltro, individua soggetti terzi, rispetto alle parti, non solo per il conferimento dell'incarico di consulenza, ma anche per la verificazione che «è affidata a un organismo pubblico, estraneo alle parti del giudizio»⁽¹⁸⁾.

Si ha conferma dal terzo comma dell'art. 63: «Su istanza di parte il giudice può ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta».

Il giudice non può disporre d'ufficio soltanto la prova testimoniale.

Se il principio dispositivo viene richiamato in un inciso del primo comma dell'art. 63, «fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può...», il complesso delle disposizioni attribuisce al magistrato ampi poteri d'ufficio che, a seconda delle situazioni e dei singoli giudici, possono risultare anche molto in-

⁽¹⁴⁾ Art. 63, comma 2, c.p.a.

⁽¹⁵⁾ Art. 63, comma 4, c.p.a.

⁽¹⁶⁾ Art. 63, comma 5 c.p.a.

⁽¹⁷⁾ Art. 64, comma 3, c.p.a.

⁽¹⁸⁾ Art. 19, comma 2, c.p.a. Sulla consulenza tecnica e la verificazione, cfr., da ultimo: M. LISANTI, *Verificazione e consulenza tecnica. Ipotesi per una pacifica convivenza?*, in *Dir. e proc. amm.* 2024, 221 ss.

cisivi, snaturando il sistema dispositivo del processo (19).

Il sistema probatorio, nel caso di azione di annullamento nella quale si contesti il fatto come accertato dalla pubblica amministrazione e le risultanze di natura tecnica, per il ricorrente (e il controinteressato ricorrente incidentale) è il medesimo di quello descritto innanzi; è diverso, invece, per la pubblica amministrazione resistente.

Infatti, di fronte ad un ricorso dal contenuto coerente e di cui si avverte la serietà dell'impugnazione (quello che si indica come "principio di prova"), il giudice può procedere d'ufficio a richiedere: chiarimenti nei confronti di tutte le parti; acquisire documenti, anche detenuti da terzi; ispezioni a mezzo di autorità terze rispetto alle parti in causa; verificazioni e consulenze tecniche, esercitando quello che si definisce il potere acquisitivo.

In queste ipotesi, non vi è onere della prova né del ricorrente (o del controinteressato quando proponga ricorso incidentale) né dell'amministrazione resistente, (tranne che per gli atti nella sua disponibilità), ma è il giudice che, con i poteri attribuitigli dal codice di rito, può riscontrare la conformità alla realtà e l'attendibilità delle soluzioni tecniche, acquisendo così la prova necessaria a dare fondamento alle domande.

Certamente, le parti possono proporre i mezzi di prova necessari a confortare le allegazioni proposte e il giudice dovrà pren-

(19) Il "rischio" dei poteri d'ufficio per la istruttoria si coglie in recenti pronunce giurisprudenziali che accedono agli *open data* delle amministrazioni per assumere notizie che confortano la decisione, senza renderlo noto alle parti che non hanno possibilità di interloquire sui dati così acquisiti, in patente violazione dei principi del giusto processo; cfr. F. FOLLIERI, *Open data e decisioni del giudice amministrativo*, relazione al Convegno dal titolo "Il giudice amministrativo al cospetto della trasformazione digitale", svolto presso la L.U.M. Giuseppe De Gennaro, Casamassima (BA) il 27 e 28 settembre 2024, in corso di pubblicazione, ove sono richiamate: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 7 marzo 2024 n. 1537; Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5610.

Il processo amministrativo in questo modo perde il carattere dispositivo a favore di una impostazione dirigistica nella quale le posizioni delle parti ed il contraddittorio vengono superati in funzione della realizzazione di interessi che il giudice si arbitra di ritenere meritevoli.

dere posizione su tali richieste ma, in mancanza, il giudice può provvedere d'ufficio, disponendo l'assunzione delle prove ritenuute necessarie, in presenza di un “principio di prova”.

Anche qui, il ricorrente (e il controinteressato ricorrente incidentale) non è caricato dell'onere della prova che può essere disposta dal giudice; ma nemmeno la pubblica amministrazione è onerata della prova.

La *ratio* di tali previsioni è nel dato di base che il processo si svolge nei confronti di atti amministrativi autoritativi che non dovrebbero presentare lacune, contraddizioni, errori nell'indagine sui fatti o soluzioni tecniche inattendibili, per cui l'istruttoria d'ufficio risponde alla logica di verificare le manchevolezze della pubblica amministrazione, non imputabili alle altre parti del giudizio.

L'istruttoria svolta dall'amministrazione pubblica che, all'apparenza e salvo la sentenza di merito, si presenti manchevole e illegittima, fonda il potere di ufficio del giudice che deve verificare la conformità dell'azione amministrativa alla normativa di riferimento che prevede l'esercizio del potere autoritativo.

A questa impostazione che vede l'assoluzione dall'onere della prova di tutte le parti, bastando solo l'allegazione di un “principio di prova”, potendo provvedere il giudice d'ufficio, fa eccezione la prova testimoniale che può essere ammessa ad istanza di parte⁽²⁰⁾ (per l'ovvio rilievo che il giudice non può certo indicare i testimoni che non sono a sua conoscenza) nonché la richiesta eventuale di chiarimenti o di documenti nella disponibilità delle parti.

Per la prova testimoniale, dovrà essere la parte ad articolare le circostanze sulle quali i testi dovranno deporre e le generalità di questi ultimi, per cui se sarà necessaria una prova orale per dimostrare l'assunto contenuto nel ricorso introduttivo o nel ricorso incidentale, l'onere della prova grava sul ricorrente principale o incidentale perché essi hanno la disponibilità della prova.

Quindi, quando il ricorrente contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione o l'attendibilità delle soluzioni tecniche:

⁽²⁰⁾ Art. 63, comma 3, c.p.a.

- a) il ricorrente o il controinteressato ricorrente incidentale non hanno l'onere della prova, essendo sufficiente l'allegazione del c.d. "principio di prova", tranne nella ipotesi in cui sia necessaria l'assunzione di una prova testimoniale per la quale hanno l'onere della prova e nel caso di eventuale richiesta di documenti di cui hanno la disponibilità o di chiarimenti;
- b) l'amministrazione resistente non ha l'onere della prova, tranne per il deposito dei documenti di cui ha la disponibilità nonché per i chiarimenti, eventualmente richiesti dal giudice;
- c) il giudice, allegato dalle parti un "principio di prova", può d'ufficio disporre: chiarimenti o documenti; esibizione nei confronti dei terzi di documenti «o quant'altro ritenga necessario»⁽²¹⁾; ispezioni; verificazioni; consulenze tecniche.

Il sistema istruttorio, in questa ipotesi, si può definire "misto": in parte dispositivo-acquisitivo, con rilevanti poteri officiosi del giudice, e in parte dispositivo.

5. L'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi.

Recente giurisprudenza scolpisce con chiarezza la distribuzione della prova tra le parti e la rilevanza dell'intervento del giudice, quando venga promossa un'azione risarcitoria ed è utile riportare un brano della motivazione.

«4. In punto di individuazione dei criteri di riparto dell'onere della prova, trova... prima applicazione il principio dispositivo, il quale non è in questa sede temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento. Quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato, la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella conseguenziale di risarcimento dei danni, in relazione alla quale

⁽²¹⁾ Art. 63, comma 2, c.p.a.

il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del principio dispositivo, sancito in generale dell'art. 2697, primo comma, c.c. Ne consegue che sulla parte ricorrente grava l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti della domanda al fine di ottenere il riconoscimento di una responsabilità dell'amministrazione per fatto illecito delineata dall'art. 2043 c.c., nel cui alveo deve essere ricondotta la domanda. È quindi necessario verificare, con onere della prova a carico del (presunto) danneggiato, gli elementi costitutivi della fattispecie aquiliana, così individuabili: il fatto illecito; l'evento dannoso ingiusto e il danno patrimoniale conseguente; il nesso di causalità tra il fatto illecito e il danno subito; la colpa dell'apparato amministrativo»⁽²²⁾.

Il giudice amministrativo sottolinea la diversità del sistema probatorio tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria, anche se non focalizza la ragione di fondo e cioè che il fatto e la sua prova, nell'azione di impugnazione, sono raccolti ed istruiti dalla pubblica amministrazione i cui atti procedurali e quello conclusivo vengono esaminati e valutati nell'attività giurisdizionale.

Nell'azione risarcitoria, prove preconstituite dalla pubblica amministrazione non ve ne sono, tranne per l'illegittimità degli atti amministrativi, quando il fatto illecito si risolva esclusivamente in essi.

Per il resto, occorre acquisire sia i fatti che le prove nel processo e né le parti, né il giudice possono avvalersi dell'istruttoria svolta dall'amministrazione, prima del giudizio.

Il processo affronta, direi in prima battuta, il fatto illecito e gli elementi che ne contraddistinguono la fattispecie, per cui le parti devono provare i fatti che hanno introdotto nel giudizio e ne devono sopportare il relativo onere.

Qui cambia il riparto dell'onere della prova e anche il potere istruttorio del giudice, pure se nel codice del processo amministrativo questa distinzione non vi è poiché le disposizioni sono le medesime sia per l'azione di annullamento che per quella risarcitoria.

⁽²²⁾ Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2024, n. 8183, par. 4.

Invero, la giurisprudenza richiamata, a parte il riferimento alla «asimmetria informativa tra amministrazione e privati», giustifica la diversità per la «vicinanza della prova» che non può che gravare sulla parte che ne dispone.

L'affermazione del Consiglio di Stato trova una base di diritto positivo nell'art. 64, comma 1, del codice del processo amministrativo che pone sulle «parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità» per dimostrare i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.

E come nell'azione di annullamento sono nella disponibilità dell'amministrazione resistente gli atti del procedimento e quello conclusivo, per cui è suo onere depositare in giudizio queste prove preconstituite, così è della parte che domanda il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, fornire la prova degli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito extracontrattuale che sono nella sua disponibilità.

Nell'azione di condanna risarcitoria, domina il principio dispositivo e ciascuna parte ha l'onere di provare i fatti che allega, sia quelli costitutivi dell'illecito che competono al ricorrente, sia i fatti che lo escludono che fanno capo alle altre parti del processo.

Invero, su una parte della domanda risarcitoria, si rinviene ancora il principio acquisitivo che configura una sorta di sinergia tra il giudice e l'amministrazione resistente.

È il segmento dell'illecito che riguarda la quantificazione.

Per il quarto comma dell'art. 34 del codice del processo amministrativo, «in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine» (23).

Anche se la disposizione preveda l'esercizio del potere del giudice «in mancanza di opposizione delle parti», nessuna del-

(23) Il quarto comma dell'art. 34 c.p.a. così prosegue: «Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal titolo I del libro IV», cioè con il ricorso per ottemperanza, «possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti».

le parti può avere interesse all'opposizione che dovrebbe essere espressa prima della decisione del giudice.

Infatti, il ricorrente ha due buone ragioni per non opporsi: non è in grado di prevedere, con un margine di relativa certezza, non solo se sarà accolta la domanda, ma soprattutto se il giudice riterrà compiutamente provata la quantificazione del danno, per cui la determinazione d'ufficio dei criteri per la quantificazione potrebbe superare un'eventuale ritenuta incompletezza della prova sulla quantificazione del danno, con rigetto della domanda; inoltre, il ricorrente non può correre il rischio che, per la difficoltà di stabilire esattamente il *quantum*, il giudice respinga il ricorso.

Nemmeno la parte resistente ha interesse; anzi, ha un interesse contrario all'opposizione perché gli viene conferita la possibilità, pur nel rispetto dei criteri fissati dal giudice, di quantificare il danno in un importo che indicherà certamente al ribasso e, comunque, si può aprire una trattativa con il creditore che avrà la convenienza a concordare l'importo, pur non integralmente soddisfatto del danno subito, se vengono fissati tempi certi per il pagamento, in considerazione delle obiettive difficoltà di recuperare un credito contro la pubblica amministrazione.

La disposizione del IV comma dell'art. 34 c.p.a. può sembrare singolare perché rimette al debitore la quantificazione del danno arrecato, ma si comprende tale soluzione perché il debitore è una pubblica amministrazione che dovrebbe esercitare la sua attività nel rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione.

Comunque, il giudice amministrativo, quando accolga la domanda risarcitoria, è solito far ricorso a tale previsione normativa.

Ebbene, se, in via generale, può affermarsi che l'istruttoria nell'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi è il principio dispositivo a regolare la distribuzione dell'onere della prova tra le parti, per la quantificazione del danno vale il principio acquisitivo, potendo il giudice fissare i criteri cui l'amministrazione resistente, debitrice, deve adeguarsi nella fissazione dell'importo dovuto per i danni.

6. Conclusioni.

La distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo amministrativo e la rilevanza dell'intervento del giudice presentano due diverse discipline, a seconda che sia proposta l'azione costitutiva di annullamento (con una differenziazione nel caso venga contestato o meno la "storicità" del fatto e l'attendibilità delle soluzioni tecniche fissati nel procedimento amministrativo e nel suo atto conclusivo) o l'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, come rilevato innanzi.

Si tratta di differenze rilevanti perché si passa dall'onere della prova gravante sulla parte resistente, quando si promuova l'azione di annullamento, senza la contestazione "storica" dei fatti accertati dalla pubblica amministrazione che ha la disponibilità delle prove c.d. preconstituite, ad un processo dispositivo con metodo acquisitivo, allorché il ricorrente contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione o l'attendibilità delle soluzioni tecniche, ove è sufficiente l'enunciazione di un c.d. principio di prova che, all'apparenza e salvo la sentenza di merito, evidenzi manchevolezze ed illegittimità dell'istruttoria svolta dalla pubblica amministrazione. In questa seconda ipotesi, non vi è onere della prova, ad eccezione della prova testimoniale che non può essere disposta d'ufficio, dovendo la parte richiedente indicare i nominativi dei testimoni e le circostanze su cui devono deporre, nonché quando vi sia richiesta eventuale di chiarimenti o di documenti nella disponibilità delle parti; ma, per tutti gli altri mezzi istruttori, né il ricorrente, né il controinteressato, né l'amministrazione resistente hanno l'onere della prova perché è il giudice che, con i poteri attribuitigli dal codice di rito, può riscontrare la conformità dell'istruttoria della pubblica amministrazione alla realtà e l'attendibilità delle soluzioni tecniche, acquisendo così la prova necessaria a dare fondamento alle domande, in presenza di un "principio di prova".

Quando si proponga azione di risarcimento danni per lesione di interessi legittimi, tutte le parti hanno l'onere di provare le loro

allegazioni, con affermazione del sistema dispositivo, tranne che per la quantificazione del danno dove è previsto che il giudice demandi, in base a criteri predeterminati, alla pubblica amministrazione resistente, debitrice, la determinazione dell'importo dovuto per l'illecito.

Un possibile criterio unificante sull'onere della prova potrebbe ravvisarsi nell'art. 64, comma 1, del codice del processo amministrativo che si basa sulla vicinanza e disponibilità della prova e che recita: «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».