

## **La doppia funzione del giudicato amministrativo e la prova nel processo amministrativo**

*di MASSIMILIANO BALLORIANI*

La ricerca e valutazione della prova nel giudizio amministrativo è argomento centrale, che spesso, anche in giurisprudenza, dà luogo a interpretazioni e pronunce non sempre coerenti, specie se si segue un approccio casistico invece che logico-sistematico.

A ben vedere, da un lato, la disciplina della prova nel giudizio amministrativo disvela la vera essenza della specialità del giudice amministrativo, dall'altro, per comprendere appieno tale regime della prova è necessario comprendere esattamente in cosa consista questa specialità <sup>(1)</sup>.

Al Giudice amministrativo non è demandato il mero ruolo di risolvere controversie, come, generalmente, al giudice civile, ma quello di far accettare quanto più possibile la verità processuale, perché sullo sfondo del processo amministrativo vi è sempre il corretto perseguimento dell'interesse pubblico <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Ovviamente non mancano in dottrina le opinioni che tendono a ricondurre la prova nel processo amministrativo agli stessi principi di quella nel processo civile, cfr. L. PERFETTI, *Prova, diritto processuale amministrativo*, in *Enc. del diritto*, Annali, I, Milano, 2008, 934 ss.: «s'è diffusa l'idea che l'istruttoria nel processo amministrativo e in quello ordinario sia retta da principi profondamente differenti. È vero, invece, che alla luce della distinzione preziosa tra istruzione primaria e secondaria è possibile osservare come entrambi i processi siano retti dal principio dispositivo, e che — come meglio si dirà infra, § 17 — in entrambi i giudizi si avrà l'uso del metodo acquisitivo ove il mezzo di prova sia detenuto dall'amministrazione ovvero dalla parte significativamente più forte nel rapporto sostanziale».

<sup>(2)</sup> Questa profonda interconnessione tra specialità della giurisdizione e specialità del regime processuale istruttorio viene giustificata anche perché, a un'analisi approfondita, solo enunciabile in questa sede, diventa quasi impossibile distinguere tra fatto (og-

A disciplinare la funzione della giustizia amministrativa, per quanto qui d'interesse, non vi sono solo gli articoli 24 (pienezza della tutela), 101 (soggezione del giudice solo alla legge), e 111 (giusto processo) della Costituzione, ma anche l'articolo 100, secondo cui il giudice amministrativo assicura la giustizia nell'amministrazione<sup>3</sup>.

Dunque il processo amministrativo non assicura solo la giustizia “nei confronti” dell’Amministrazione (*ex art. 103 della Costituzione*), cioè la risoluzione della controversia, ma la sentenza che definisce il giudizio ha una “funzione conformativa” dell’agire amministrativo (*ex art. 100 della Costituzione*).

Il giudice amministrativo è giudice nell’Amministrazione, non in senso soggettivo ovviamente, ma in senso oggettivo.

Essere giudice nell’Amministrazione in senso oggettivo vuol dire che la funzione del giudicato amministrativo è anche quella di conformare la futura attività amministrativa della pubblica amministrazione.

getto di valutazione) e diritto (criterio di valutazione), cfr.: G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 616 ss. In altri termini, il confine tra diritto sostanziale e processuale è molto incerto, atteso che, a esempio, la possibilità o meno di disporre delle posizioni giuridiche sottostanti non può essere vanificata dalla disponibilità delle stesse sul piano processuale. Dunque la funzione di composizione della lite o di accertamento della verità che viene di volta in volta attribuita al giudice non può essere scollegata dalle posizioni giuridiche che il medesimo è chiamato a tutelare (per un approfondimento di tali questioni si rinvia appunto a G. Verde, *ibidem*). Con la conseguenza che anche nel processo deve essere coerentemente presente l’eco della indisponibilità di alcune posizioni per le parti, e ciò anche e soprattutto nella fase di ricerca e valutazione della prova. Di qui l’ulteriore conseguenza che, se le posizioni sono indisponibili, il giudice non può essere mero arbitro della controversia, ma deve essere soggetto attivo nella ricerca della verità fattuale. Nel testo, tuttavia, si giunge alla conclusione che la specialità del giudizio amministrativo e dunque del regime probatorio in esso previsto prescindere dalle posizioni giuridiche soggettive (avendo analogo contenuto in sede di legittimità come in sede di giurisdizione esclusiva), ma è determinato dalla funzione conformativa del giudicato sostanziale; si sottolinea inoltre che anche l'affermazione della indisponibilità assoluta dell'interesse legittimo appare non sempre giustificabile. In altri termini, «il problema della natura giuridica delle norme sulle prove non può essere considerato come a sé stante, avulso dai contesti nei quali si pone, ma ammette una pluralità di soluzioni, relative alle concrete esigenze che di volta in volta le sollecitano», cfr. P. CAPPELLETTI, *La «natura» delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, I, 92.

<sup>3</sup> M.A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *Federalismi. it*, 2008.

Nel momento in cui si è data consistenza sostanziale e non solo strumentale all’interesse legittimo, e la cognizione è passata dall’atto al rapporto, tale funzione conformativa è diventata ancora più incisiva, non essendo più una mera parentesi dell’azione amministrativa, ma un accertamento pieno e completo, nei limiti del *petitum* e della *causa petendi*, ma coprendo pur sempre il dedotto e il deducibile.

È vero che il giudicato ha effetto solo tra le parti, tranne che in casi particolari di atti di carattere generale, ma, essendo una parte la pubblica amministrazione, per la medesima resta un vincolo sostanziale per la futura attività consimile sia sul piano dell’accertamento del fatto sia su quello della statuizione in diritto.

Si comprende quindi che il giudice amministrativo non è mero arbitro tra le parti, come quello civile, perché il suo giudicato ha una funzione conformativa che trascendere la composizione della lite<sup>(4)</sup>.

In tale duplice ontologica natura del giudicato amministrativo, conformativa e di composizione della lite, risiede la specialità del giudice.

Molti ritengono che la specialità risieda unicamente nella posizione giuridica riservata al giudice amministrativo, cioè l’interesse legittimo, ma la Corte Costituzionale con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 140 del 2007 ha chiarito che interesse legittimo e diritto soggettivo hanno pari dignità, essendo solo modi diversi di tutela di analoghi beni interessi, siano essi di natura costituzionale o meno.

Nelle questioni affidate alla giurisdizione amministrativa, attengano esse a interessi legittimi o diritti soggettivi, la peculiarità è che almeno una delle parti è una pubblica amministrazione in senso lato, cioè un soggetto munito di poteri pubblici idonei a conformare autoritativamente il rapporto.

(4) La funzione della prova dunque deve tendere più verso l’accertamento della verità piuttosto che verso la persuasione di un giudice “mero arbitro delle parti” (per una disamina più approfondita di tali aspetti, cfr. sempre L. PERFETTI, *ibidem*, sebbene l’autore giunga a conclusioni opposte).

Il giudicato amministrativo sostanziale ha dunque questa idoneità intrinseca a conformare il potere, pur non potendo decidere direttamente su poteri non ancora esercitati <sup>(5)</sup>.

È ben vero che anche il giudicato amministrativo, sul piano sostanziale, fa stato tra le parti *ex art. 2909 c.c.*, dunque da esso nasce un vero e proprio diritto soggettivo tutelato dall'*actio iudicati* solo per la parte vittoriosa in quella causa.

Tuttavia, si consideri che anche da un annullamento in autotutela nasce un autovincolo per la futura attività amministrativa, sicché a maggior ragione tale vincolo nasce oggettivamente anche se l'annullamento, o l'accertamento, è stato disposto dal giudice amministrativo in un giudizio *inter alios*, sebbene la sua violazione vada valutata secondo le categorie dell'annullabilità e non di quelle della nullità per violazione del giudicato <sup>(6)</sup>.

Questa funzione giurisdizionale che trascende la mera definizione della controversia tra le parti, in altre parole, si giustifica proprio perché la pronuncia giurisdizionale amministrativa si inserisce oggettivamente nella tela dell'attività amministrativa e la condiziona anche pro futuro, e non solo nei casi di atti inscindibili, generali o plurisoggettivi (il chè, peraltro, già giustificherebbe un approccio generalizzante) <sup>(7)</sup>.

<sup>(5)</sup> Tranne casi particolari, come a es. *ex articolo 21-octies* della legge 241 del 1990; o il cd. *one shot*, tutti finalizzati a non ridurre la giustizia amministrativa a mera parentesi dell'azione, in ossequio al principio di effettività.

<sup>(6)</sup> Ciò senza considerare poi i casi di annullamento di atti inscindibili, nonché la valenza di fatto di un annullamento, di cui comunque l'Amministrazione deve tenere conto nell'adozione di atti conseguenziali anche nei confronti di terzi. Cfr. su tali questioni a es. A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, IV, 932; S. VACCARI, *Giustizia Insieme. Brevi riflessioni sull'efficacia "ultra partes" del giudicato amministrativo di annullamento*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2024, 1706.

<sup>(7)</sup> La questione dell'efficacia *ultra partes* delle pronunce del giudice amministrativo di annullamento, a volte risente di un approccio eccessivamente casistico (si veda a es. S. VACCARI, *Brevi riflessioni sull'efficacia "ultra partes" del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Giustizia Insieme*, 2024) o comunque appare influenzata da esigenze di contenimento della spesa pubblica; tuttavia, sul piano teorico, anche a prescindere dalla ricorrenza delle varie figure sintomatiche di eccesso di potere, nel caso di attività amministrativa in contrasto con un giudicato *inter alios*, tale conclusione appare imposta proprio dal vincolo conformativo derivante dall'accertamento in fatto e in diritto compiuto dal giudice amministrativo, anche se la posizione dei terzi estranei al giudicato è di interesse

Questo effetto “oltre la lite e oltre le parti coinvolte” fa sì che il giudice amministrativo debba verificare, sul piano probatorio, anche ricorrendo a poteri ufficiosi, che la soluzione data alla causa corrisponda il più possibile alla verità fattuale e sia conforme alla legge.

Il giudicato sostanziale, per queste ragioni, quindi, travalica la controversia e dunque l’interesse delle parti.

Ed è per questo che il suo contenuto, per questa sua funzione conformativa, non può essere disponibile per le parti: non si tratta dunque solo di una questione di disponibilità o meno delle posizioni giuridiche azionate (che confinerebbe la questione alle parti coinvolte nel giudizio), ma della indisponibilità della funzione precipua del processo amministrativo e, in ultima analisi, del giudicato sostanziale amministrativo.

L’assenza di prove legali e di una vera e propria rigidità del principio dispositivo, che possano vincolare tale potere e dovere del giudice, non si spiega, dunque, in ragione della indisponibilità dell’interesse legittimo, ma in virtù di questo ruolo del giudice nel processo, che non è un processo retorico-argomentativo ma di vero e proprio accertamento logico-razionale<sup>(8)</sup>.

Il giudice non è arbitro ma protagonista nel processo, che è “ad iniziativa delle parti” ma non è mai “cosa delle parti”, ecco perché il principio dispositivo viene mitigato da elementi inquisitori.

legittimo e non di diritto soggettivo, e l’azione è di annullamento e non di nullità. Su tali aspetti, per semplicità, sia consentito rinviare a M. BALLORIANI, *Appunti su rapporto giuridico di diritto pubblico e tutela dell’interesse legittimo*, in *Lexitalia.it*, 2005; e a M. BALLORIANI, *Nullità del provvedimento nel rapporto giuridico pubblico tra privato e autorità: la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche*, *Le nuove regole dell’azione amministrativa dopo le ll. n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005.

(8) cfr. su tali questioni e sulla relazione tra funzione del processo e regime della prova, G. VERDE, *ibidem*, «vi è, poi, la constatazione di una inarrestabile tendenza evolutiva volta a riaffermare tecniche di accertamento secondo le quali il giudice possa e debba liberamente svolgere la sua attività di ricerca. Solo a questa condizione si ritiene possibile che il processo sia istituzionalmente indirizzato non più a comporre autoritariamente i conflitti e, quindi, a imporre la pace sociale, ma anche e soprattutto a realizzare la giustizia sostanziale».

La constatazione che la funzione conformativa sia la ragione principale del giudizio amministrativo trova una conferma anche nella previsione secondo cui, ai sensi dell'articolo 30, comma 3, c.p.a., il giudice «esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

Come noto, secondo risalente orientamento della Cassazione, nel diritto civile, nell'ambito della causalità giuridica, l'obbligo del creditore o del danneggiato di adoperarsi, diligentemente, per evitare il danno o comunque per contenerlo, non si spinge fino a far sorgere un obbligo di agire in giudizio.

Nel diritto amministrativo invece si, e anche questo rivela che il processo amministrativo ha in sè la descritta funzione che trascende l'interesse delle parti che vi contendono.

E tutto ciò, come accennato, a prescindere dalle posizioni giuridiche di interesse legittimo o diritto soggettivo coinvolte, le quali hanno pari dignità e non sono graduate con minor o maggior tutela, come ha ribadito anche la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 204 del 2004.

La previsione della esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento tra i mezzi di prova, *ex articolo 63, comma 2, c.p.a.*, difatti, non distingue tra giurisdizione esclusiva e di legittimità, dunque tra diritti soggettivi e interessi legittimi<sup>(9)</sup>.

I mezzi di prova ormai sono identici nella giurisdizione esclusiva e in quella di legittimità, perché in ambedue i casi il giudizio non è più sull'atto ma sul rapporto, cui il giudice, per il principio di effettività della tutela giurisdizionale, deve accedere pienamente (ovviamente nei limiti delle allegazioni e domande delle parti), atteso che la giustizia amministrativa, anche in sede di legittimità, non è più una mera parentesi nell'azione amministrativa.

Pur non essendo più una mera parentesi, ma una cognizione giurisdizionale piena, resta la funzione prevalentemente confor-

(9) L'articolo 35, comma 3, del d.lgs. 80 del 1998, anzi, escludeva in modo espreso tali mezzi di prova proprio nella giurisdizione esclusiva.

mativa del giudizio, anzi quest'ultima si arricchisce di sostanza e di contenuto proprio in virtù della sua pienezza.

La esclusione di un sistema probatorio che vincoli troppo il giudice al volere delle parti non riguarda dunque la natura delle posizioni giuridiche coinvolte, ma la funzione del giudicato sostanziale amministrativo.

Anche il dogma della indisponibilità dell'interesse legittimo, peraltro, appare in realtà un falso mito.

Esso è rinunciabile, finanche in via preventiva rispetto al giudizio, e infatti sono molte le pronunce di inammissibilità dei ricorsi per acquiescenza <sup>(10)</sup>.

Così come la giurisprudenza ammette non solo la rinuncia al ricorso ma giunge a dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, sulla base della mera dichiarazione di parte ricorrente <sup>(11)</sup>.

A questi fini, poi, non è nemmeno utile distinguere tra diritto all'azione e interesse ad agire, da un lato, e posizione giuridica sostanziale dall'altro <sup>(12)</sup>.

Il giudizio viene infatti dichiarato estinto, anche sulla base della mera produzione di un semplice accordo delle parti raggiunto sul piano sostanziale, finanche al di fuori del processo <sup>(13)</sup>.

<sup>(10)</sup> Si veda già Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2014, n. 2998.

<sup>(11)</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. II, 26 maggio 2025, n. 4575.

<sup>(12)</sup> È vero che l'acquiescenza ha carattere ed effetti prevalentemente processuali, ma è altresì innegabile che essa implica la capacità di disporre della sottostante posizione giuridica sostanziale (cfr. Cass. civ., n. 12615/2017: «L'acquiescenza espressa costituisce atto dispositivo del diritto di impugnazione e quindi, indirettamente, del diritto fatto valere in giudizio, sicché la relativa manifestazione di volontà deve essere inequivoca e provenire dal soggetto che di quel diritto possa disporre, con la conseguenza che la stessa deve essere ricostruita in applicazione delle regole ermeneutiche sugli atti negoziali unilaterali, proprio per la sua sostanziale valenza abdicativa del diritto di proporre impugnazione, risultando, pertanto, la sua declaratoria censurabile in sede di legittimità ai sensi degli artt. 1362 e ss. c.c.»).

<sup>(13)</sup> Cfr. T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 1 giugno 2020, n. 2085, benché con argomentazioni che tentano in modo poco convincente di ricordurre la questione sul piano processuale: «Rilevato che l'accordo transattivo intervenuto nelle more del giudizio rappresenta causa di improcedibilità del gravame per sopravvenuto difetto di interesse alla definizione della controversia, costituendo una situazione nuova rispetto a quella esistente al momento della proposizione del ricorso, tale da comportare l'inutilità della decisione

In tutti questi casi, però, giova sottolineare che la funzione conformativa è salva perché non vi è alcuna pronuncia nel merito.

In altri termini, le parti possono di fatto disporre anche del proprio interesse legittimo, ma il contenuto del giudicato sostanziale è, e resta, indisponibile: l'attività dispositiva delle parti è confinata nella pronuncia in rito.

Il giudice amministrativo poi svolge questo ruolo pur sempre in posizione di terzietà e nell'interesse della legge (in conformità all'articolo 101 della Costituzione) e non dell'Amministrazione, e ciò giustifica il riconoscimento di tutte le garanzie e dello status tipico di ogni plesso giurisdizionale, al pari del giudice ordinario, pur in questa ontologica diversità dei poteri nel processo.

Questa duplice funzione, di risoluzione delle controversie e di conformare l'azione dei pubblici poteri, giustifica, oltre alle peculiarità della disciplina della prova nel processo, anche la coesistenza, in capo al giudice amministrativo, di funzioni giurisdizionali e consultive.

I segni di questa diversa funzione del giudice e del processo amministrativo sono disseminati in molti punti del capo secondo del c.p.a. dedicato all'ammissione e assunzione delle prove, e al contempo li giustificano sul piano costituzionale.

La disciplina della prova nel giudizio amministrativo deve rispettare sia i principi costituzionali dettati anche per il giudice civile (imparzialità, parità delle parti, giusto processo, effettività della tutela, ecc...) sia quelli precipui della sua speciale funzione, tra cui in particolare l'articolo 97 della Costituzione (sul buon andamento e legalità dell'agire amministrativo), di cui sono corollari sia il summenzionato articolo 30, comma 4, c.p.a., che restituisce centralità all'azione di annullamento, sia proprio i poteri ufficiosi del giudice in materia di acquisizione della prova, che infatti sono assenti nel giudizio civile.

L'onere della prova e il principio di non contestazione potreb-

(cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 14 novembre 2019, n. 7831; sez. V, 6 settembre 2018, n. 5236)».

bero apparire in contrasto con tale ruolo dominante e non di mero arbitro del giudice amministrativo, che cerca la prova secondo il criterio di razionalità e non secondo quello retorico di persuasione.

L'articolo 64 del c.p.a. tuttavia dispone che le parti sono onorate di fornire solo "elementi" di prova, e che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove "proposte" (cioè indicate) dalle parti.

Tale formulazione appare più richiamare, nella specifica materia della prova, il principio di autonomia e autosufficienza del ricorso (14) e soprattutto quello di specificità degli atti processuali, piuttosto che ridurre l'autonomia del giudice nella ricerca della verità dei fatti.

E infatti, spesso, in giurisprudenza, specie in materia di domanda di risarcimento del danno (nella quale a volte le parti ripongono meno attenzione), ma anche in caso di domanda costitutiva di annullamento, quando il ricorso è sfornito di un minimo di allegazione probatoria, la pronuncia viene ricondotta alla inammissibilità per genericità, e non alla infondatezza per mancanza della prova dei fatti (15).

Anche in tali casi, dunque, per il giudice la funzione conformativa è salva perché non vi è alcuna pronuncia nel merito.

Se manca la prova, perché una parte non ha adempiuto all'onere di allegazione o di contestazione, il giudice amministrativo non si spinge quasi mai ad applicare il principio dispositivo, che lo porterebbe a concludere, senza un vero accertamento, che quei fatti stanno in un modo piuttosto che in un altro, visto che poi, come illustrato, quell'accertamento può incidere sulla futura azione pubblica, conformandola.

E nella pratica lo stesso vale anche per il cd. principio di vicinanza della prova.

(14) Che si applica anche al processo amministrativo, e secondo cui le allegazioni devono essere indicate e dettagliate dalle parti e non è il giudice che deve andare a cercarle e ricostruirle, setacciando gli allegati. Cfr. Cons. Stato, sez. VII, 19 luglio 2024, n. 6493; T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. I, 05 novembre 2024, n. 3646; T.A.R Pescara, 26 ottobre 2024, n. 304.

(15) Consiglio di Stato, sez. II, 10/06/2024, sentenza n. 5166; Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2011, n. 2113; T.A.R Campobasso, 18 gennaio 2012, n. 199.

Quando la parte dispone di elementi di prova e non li fornisce al giudice (come previsto dall'articolo 64, comma 1: «*spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità*»), quest'ultimo o considera il ricorso generico sul piano dell'allegazione della *causa petendi* oppure trae da questo comportamento un argomento di prova contrario alle affermazioni contenute nel ricorso, ma in quest'ultimo caso, se lo ritiene opportuno ai fini della correttezza della decisione, non motiva la pronuncia solo su questo argomento, se ha possibilità di esercitare poteri d'ufficio che siano utili (*ex articolo 64, comma 3, c.p.a.*)<sup>(16)</sup>.

Se i succitati principi di non contestazione, onere della prova e vicinanza della stessa venissero applicati come nel processo civile, il giudice potrebbe limitarsi a dare atto della non contestazione per decidere in favore del ricorrente.

Invece, in casi simili, specie se si tratta di ricorsi un po' risalenti nel tempo, il giudice non si accontenta e chiede al Comune dei chiarimenti, perché vuole capire come stanno veramente i fatti, coerentemente con la sua funzione appena descritta.

In sostanza, nel giudizio amministrativo, le parti possono disporre delle posizioni giuridiche ma non possono mai disporre del contenuto del giudicato sostanziale, della funzione di accertamento che il giudice amministrativo è chiamato a compiere.

Mentre con riguardo all'impulso processuale, dunque, quella amministrativa è indubbiamente una giurisdizione soggettiva, quanto al contenuto della pronuncia vi sono invece elementi di oggettività, perché il processo si deve concludere con una sentenza che non sia solo nell'interesse delle parti ma anche in quello della legge, che in ultima analisi individua l'interesse pubblico da perseguire.

<sup>(16)</sup> Si pensi al frequente caso tipico di chi propone un ricorso avverso un ordine di demolizione di un immobile abusivo e descrive tutta una serie di fatti e circostanze in proprio favore, e il piccolo Comune, come a volte accade, si costituisce con una memoria di mero stile, senza nulla dire, e dunque senza contestare in modo specifico quei fatti e quelle circostanze: nella maggior parte di tali ipotesi il giudice amministrativo disporrà una istruttoria di ufficio per verificare i fatti di causa.

L'art. 64, comma 2, c.p.a., nell'enunciare la regola di non contestazione, non chiarisce quali siano gli effetti della non contestazione sul riparto dell'onere della prova e sui poteri istruttori esercitabili di ufficio.

Quella della non contestazione, quando viene utilizzata in giurisprudenza, più che una previsione da cui desumere la disponibilità piena della prova a favore delle parti, nella pratica viene interpretata nel senso che se i fatti allegati nel processo sono pacifici diviene inutile una verifica istruttoria.

Ma il giudice ne deve essere egli stesso persuaso, non ritenendosi affatto vincolato da tale principio.

E infatti si ritrovano numerose pronunce in cui, quando non è persuaso, il giudice amministrativo afferma che quello della non contestazione è solo un "argomento di prova" (¹⁷).

Se le prove sono fornite solo da una parte e non assicurano l'oggettività del giudizio, il giudice tendenzialmente non si limiterà a pronunciare una sentenza motivata in fatto solo sulla non contestazione.

Se si comprende questa funzione e questa cultura giurisdizionale del giudice amministrativo, si comprende, poi, anche una certa diffidenza di quest'ultimo nell'utilizzare mezzi di prova che possono maggiormente sfuggire al suo controllo ai fini della pronuncia di una decisione giusta in senso oggettivo, quindi non solo la testimonianza scritta ma anche la CTU invece che la verifica.

Anche il giudice civile ha poteri istruttori ufficiosi, ma si tratta di poteri che sono per lo più serventi alla formazione del suo convincimento in ordine alla valutazione dei fatti proposti dalle parti in contrasto tra loro.

Tali poteri ufficiosi del giudice civile, in altri termini, vengono in ausilio quando non riesce a risolvere tale contrasto, non potendo limitarsi a un *non liquet*, e sono: l'interrogatorio libero; il

(¹⁷) R. DE NICKOLIS, *Commentario al codice del processo amministrativo, I mezzi di prova e l'attività istruttoria, il fascicolo processuale e i verbali di udienza*, Milano, 2023, 910.

giuramento suppletorio o estimatorio; la richiesta di informazioni scritte all’Amministrazione su atti o documenti che è necessario acquisire al processo; ordinare l’ispezione di persone e cose e l’esibizione di documenti; assumere la prova testimoniale in caso di testimonianze de relato; disporre la CTU.

Quindi il giudice civile li utilizza per risolvere il contrasto tra fatti comunque provati dalle parti, mai in funzione supplente (anche il giuramento suppletorio, a esempio non può riguardare fatti del tutto sforniti di prova, e deve essere deferito alla parte maggiormente favorita finora nel giudizio <sup>(18)</sup>).

Il giudice amministrativo, viceversa, utilizza i suoi poteri ufficiosi anche in supplenza dell’attività delle parti, salvo il rispetto dell’onere dell’allegazione, specificità del ricorso e parità delle parti stesse.

La diversità di funzioni spiega anche una certa diffidenza del giudice amministrativo verso mezzi di prova che allontanino dalla sfera pubblica l’accertamento della verità processuale.

Il giudice amministrativo valuta la testimonianza (peraltro ammessa dal c.p.a. solo per iscritto, per esigenze di celerità, e su istanza di parte e non d’ufficio) come argomento di prova, e non come una prova piena <sup>(19)</sup>.

Qualcuno ha dubitato della legittimità costituzionale della mancanza di una piena conformazione dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo a quelli del codice di procedura civile, dunque anche della prova testimoniale, specie in materia di diritti soggettivi.

Tuttavia, se si pone mente al fatto che, anche nei casi di giurisdizione esclusiva, l’attribuzione del potere decisionale in capo al giudice amministrativo si giustifica per la particolare attinenza a questioni comunque riguardanti la pubblica funzione, si com-

<sup>(18)</sup> Cass. civ., 2015, n. 6560; Cass. civ., 2016, n. 21235

<sup>(19)</sup> E, consapevoli di ciò, gli avvocati delle parti, nella pratica, generalmente si limitano ad allegare agli atti dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà sottoscritte dai vari dichiaranti, a cui pure la giurisprudenza riconosce valenza di mero argomento di prova. Cfr. T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 02 ottobre 2019, n. 860.

prende che i termini di paragone e i valori costituzionali rilevanti non sono pienamente equiparabili.

Viene, in altri termini, in rilievo proprio quanto si è fin qui sottolineato, ossia che il giudice deve restare *dominus* del processo di accertamento e non arbitro delle parti, proprio in virtù dei richiamati articoli 103, 100 e 97 della Costituzione <sup>(20)</sup>.

Altro corollario di tali principi si ritrova, come accennato, anche nell'uso da parte del giudice amministrativo di propri ausiliari per la valutazione e ricerca delle prove.

Pur se in giurisprudenza si trovano affermazioni a volte non coerenti e contrastanti, che si rifanno ai diversi principi riferibili al processo civile, nel processo amministrativo non v'è una differenza sui presupposti tra CTU e verificazione: entrambe hanno un presupposto comune che è l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche (art. 63, comma 4, c.p.a.), quindi non solo la valutazione delle prove già fornite dalle parti <sup>(21)</sup>, come è invece per la CTU nel processo civile.

Tuttavia, secondo il codice del processo amministrativo, la CTU può essere disposta solo se "indispensabile".

Nella relazione al codice, si legge che la scelta di questo limite è stata dettata dalla esigenza di evitare oneri indiretti per le pubbliche amministrazioni: si tratta evidentemente di una giustificazione poco realistica, atteso che, nella pratica, il giudice liquida più o meno gli stessi importi sia al verificatore che al CTU, e anche nel caso della verificazione il compenso non va all'Ente o all'organo ma proprio alla persona fisica che materialmente ha svolto la verificazione.

Tale locuzione, "ove necessario", ha invece avuto molto riscontro nella pratica applicazione, ove il giudice raramente ricor-

<sup>(20)</sup> A esempio, anche nel caso di controversie di pubblico impiego non privatizzato, a fronte di diritti soggettivi, pur se aventi un oggetto meramente economico, corrispondono comunque impegni di spesa pubblica, la cui correttezza e conformità alla legge resta un fondamentale interesse pubblico, che ha pure rilievo costituzionale.

<sup>(21)</sup> R. DE NICTOLIS, *ibidem*.

re alla nomina del CTU, e ciò non solo per la minore speditezza della procedura (22) (che prevede primo un contatto tra giudice e CTU che viene chiamato per prestare giuramento, nonché la possibilità del consulente di rifiutare l’incarico se non è iscritto in albi), quanto piuttosto per una certa diffidenza ad appaltare l’accertamento della verità processuale a soggetti che non operino nell’ambito di un Ente o organo amministrativo istituzionalmente deputato a garantire il rispetto del principio di legalità e il perseguimento dell’interesse pubblico.

Al termine “indispensabilità”, dunque, si attribuisce in concreto il significato di assenza di organismi pubblici idonei a effettuare l’accertamento (vuoi perché non muniti delle competenze necessari vuoi perché sovraccarichi di lavoro, come pure a volte accade), e in tal senso l’ambito della CTU risulta assai limitato, rispetto alla verifica.

La verifica a rigore, e di solito, non viene affidata direttamente dal giudice (può provvedervi solo il collegio e non il presidente) al singolo dipendente pubblico (che viceversa può essere anche nominato come CTU), ma a un organismo pubblico, che per espressa previsione deve essere estraneo al giudizio, generalmente nella persona del suo Presidente o dirigente apicale, al quale viene conferita delega per la nomina del personale idoneo (23).

Tutto ciò non toglie che il giudice amministrativo debba rispettare, oltre ai ricordati principi costituzionali che sono speciali della funzione giurisdizionale amministrativa, anche i principi

(22) T.A.R. Bari, (Puglia) sez. III, 17 giugno 2021, n.1038.

(23) Ciò rende lo strumento ancora più versatile, difatti non è previsto formalmente un obbligo di astensione: se il dipendente nominato si trova in una situazione di conflitto di interessi o comunque in uno dei casi di cui all’articolo 51 c.p.c., allora lo deve comunicare al superiore che lo ha designato ai fini della sua sostituzione, che poi da quest’ultimo sarà comunicata al Giudice.

È comunque prevista la ricusazione a opera delle parti, che va formalizzata prima dell’inizio delle operazioni (artt. 66 e 20 c.p.a.).

Sull’istanza di astensione e ricusazione decide il giudice che ha nominato il consulente o il verificatore.

fondamentali previsti dalla Costituzione per la funzione di mera risoluzione di controversie, quindi comuni a tutte le giurisdizioni.

Al pari del giudice civile, dunque, anche il giudice amministrativo deve rispettare i principi generali del codice di procedura civile, ove non espressamente derogati, perché la tutela deve essere piena e sul rapporto anche nel giudizio amministrativo, a prescindere dalle posizioni azionate.

E in ossequio a tali principi, infatti, anche se non espressamente previsto come per la CTU, la prassi assicura sempre il contraddittorio tra le parti e loro consulenti, anche nel caso della verificazione <sup>(24)</sup>.

Sulla base di questo percorso concettuale, si comprende anche la ontologica differenza tra i chiarimenti, che il giudice amministrativo, *ex articolo 63, comma 1, c.p.a.*, può chiedere alle parti, e l'interrogatorio libero, che può disporre il giudice civile pure d'ufficio.

Si consideri, infatti, che il c.p.a. consente al giudice amministrativo di disporre anche l'assunzione di altri mezzi di prova contemplati dal c.p.c. per il giudice civile <sup>(25)</sup>, proprio perché sul piano della compresente funzione di componimento della controversia non vi può essere differenza di tutela tra posizioni giuridiche né tra giurisdizioni <sup>(26)</sup>, come sancito dalla Corte Costituzionale nella ricordata sentenza n. 204 del 2004.

È evidente, però, che egli, quando si avvale dei mezzi di prova del giudice civile, se ne può avvalere solo nei limiti in cui può quest'ultimo, sia perché è appunto un rinvio sia perché il rinvio si

<sup>(24)</sup> Non è stata riprodotta la previsione di cui all'art. 26, comma 2, r.d. n. 642/1907, che disponeva che alle parti viene dato avviso, a cura dell'amministrazione, almeno cinque giorni prima, del luogo, del giorno e dell'ora in cui si eseguiranno le verificazioni; ma la giurisprudenza per lo più non si accontenta del contraddittorio solo successivo, con le controdeduzioni alla relazione peritale.

<sup>(25)</sup> Cfr. l'articolo 63, comma 5, c.p.a.: «Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento».

<sup>(26)</sup> T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. III, 06 maggio 2011, n.1205: «in considerazione della pari dignità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte che impone di evitare disparità di tutela sul terreno probatorio».

giustifica solo nei limiti della funzione che ha il giudice civile di componimento della controversia.

Dunque, a esempio, anche il giudice amministrativo può avvalersi dell'interrogatorio libero (27), ma come il giudice civile può farlo solo nei confronti delle parti costituite, e soprattutto solo in funzione integrativa e non suppletiva dell'attività probatoria delle parti (28).

Inoltre, le parti, a differenza dei testimoni, non hanno alcun obbligo di comparire (salvo il rilievo del comportamento processuale) né di dire la verità (29), e poi devono essere chiamate in contraddittorio.

Le parti chiamate a fornire chiarimenti, invece, e specie quella pubblica, non necessariamente devono essere costituite; la parte pubblica inoltre ha poi il dovere di dire la verità.

Anche se è parte processuale, tale obbligo non viola il principio di parità, perché la pubblica amministrazione è chiamata a collaborare con il giudice per la ricostruzione della verità dei fatti, dunque, ove incaricata di chiarimenti, non ha le prerogative del diritto di difesa, ma il dovere di eseguire un incombente istruttorio, essendo obbligata a provvedervi e al dovere di verità (30).

(27) Articolo 117 c.p.c. Si noti poi che l'art. 229 c.p.c. dispone che «la confessione spontanea può essere contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte personalmente, salvo il disposto dell'art. 117 c.p.c.», dunque le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio libero, anche se sottoscritte non possono mai avere valore confessorio.

(28) T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. III, 06 maggio 2011, n.1205, *ibidem*; nonostante pronunce di segno contrario (Cass., 15 luglio 2005, n. 15019), la giurisprudenza prevalente appare a ciò orientata (Cass., 28 febbraio 2008, n. 5290: il giudice «in difetto di altre risultanze processuali, non può attribuire efficacia probatoria al relativo contenuto»).

(29) Corte cost., 08 maggio 2009, n.143.

(30) Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2013, (ud. 08/03/2013, dep. 26/03/2013), n.1671: Come è stato rilevato dalla giurisprudenza, «è consentito al giudice amministrativo di richiedere alla stessa amministrazione che ha emanato il provvedimento impugnato gli opportuni chiarimenti, senza che ciò implichi violazione del principio di terzietà, del diritto di difesa e del contraddittorio» (Cons. di Stato, Sez. IV, 29 aprile 2004, n. 2609), in quanto «l'onere istruttorio viene diretto all'amministrazione non solo, e non tanto, perché parte processuale ma soprattutto in quanto autorità pubblica che, in tale specifica qualità deve collaborare con il giudice al fine di accertare la verità dei fatti» (Cons. di Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 881).

Si comprende allora che tali differenze radicali della istruttoria nel processo amministrativo non hanno neanche la propria giustificazione, come pure si ripete tralatiziamente, nel principio di vicinanza della prova alla parte pubblica, ma sempre nella diversa funzione a cui è chiamato il giudice.

Il giudice amministrativo, in conclusione, non deve solo comporre la lite ma anche assicurare che l'effetto conformativo tipico del suo giudicato, in quanto tale, sia rispettoso del principio di legalità e conforme alla realtà dei fatti: l'accertamento della verità processuale non è nella disponibilità delle parti, e la parte pubblica, in virtù del suo ruolo istituzionale al di fuori del processo, deve collaborare con il giudice all'accertamento di tale verità processuale, nell'interesse pubblico (31).

(31) Si consideri che, in via più generale, l'Amministrazione che ha adottato il provvedimento deve collaborare nel giudizio anche se non è costituita.

La medesima, infatti, ancorché non costituita, deve produrre, entro il termine previsto per la costituzione, gli atti e i documenti del procedimento e tutti quelli che ritiene utile.

Si tratta di un onere di "deposito" direttamente a carico dell'Amministrazione non di "produzione" a carico della sua difesa.

L'effetto pratico è che se non vi adempie glielo ordina il giudice e se rimane inerte il giudice vi trae argomenti di prova anche se non è costituita, in deroga alla regola che limita tale valutazione del comportamento processuale delle parti costituite.