

INTERVENTI

La natura dell'attività istruttoria del giudice amministrativo

di ADRIANA CIAFARDONI

SOMMARIO: 1. Il giudice amministrativo e la prova. — 2. La natura dell'attività istruttoria del giudice amministrativo. — 3. Disponibilità della prova e asimmetria tra le parti. — 4. (*segue*). Il ruolo del giudice quale garante della parità sostanziale tra le parti. — 5. Tra potere e dovere istruttorio del giudice: il “nastro di Möbius” del processo amministrativo.

1. Il giudice amministrativo e la prova.

Il processo amministrativo, non diversamente da quello civile, è un processo di parti: sono le parti a formulare le domande, chiedendo al giudice i relativi provvedimenti ⁽¹⁾. Tuttavia, almeno per il diritto amministrativo ⁽²⁾, la centralità della figura del

⁽¹⁾ Per tutti, cfr. L. GIANI, *La fase istruttoria*, in AA.Vv., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, IX ed., Torino, 2023, 418-419.

⁽²⁾ In questo senso è orientato anche il processo civile con riguardo al rito del lavoro. L'art. 421, secondo comma, c.p.c. prevede, infatti, che il giudice può «disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile». Sulla questione, cfr. A.M. SOCCI, *Le sezioni unite sulla produzione dei documenti (in appello e in primo grado) e sui poteri istruttori d'ufficio del giudice nel rito ordinario e del lavoro, tra stop and go*, in *Giur. it.*, 2005, 1464, cui si rinvia anche per le relative indicazioni giurisprudenziali. Si veda, altresì, A. PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, 131 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass., 17 giugno 2005, n. 11353, ove si legge che «è caratteristica precipua del detto rito speciale il contemporamento del principio dispositivo con la esigenza della ricerca della verità materiale di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi e fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale

giudice, anche rispetto alla prova, è questione nota⁽³⁾. In un sistema di fatto dominato dal principio dispositivo⁽⁴⁾, quale eredità del paradigma liberale del processo tra parti, la centralità dell'iniziativa istruttoria del giudice⁽⁵⁾ ha progressivamente trovato una propria legittimazione, anche costituzionale, in ragione dell'esigenza di garantire l'effettività della tutela e la realizzazione del giusto processo. N'è dipeso un ruolo del giudice non quale spettatore neutrale, ma come garante dell'effettività del contraddittorio e, in tal modo, della giustizia della decisione del caso concreto,

materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti».

(3) M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Il Foro it.*, 1967, 2, 9 ss. In generale, sui poteri istruttori del giudice amministrativo, cfr. F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, III, 104 ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 72 ss.; Id., (voce) *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 204 ss.; G. DE LISE, *La prova nelle procedure delle giurisdizioni amministrative*, in *Cons. Stato*, 1974, II, 954 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss.; G. ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985, 679 ss.; E. PICOZZA, (voce) *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 492 ss.; L. ACQUARONE, *Il sistema probatorio*, in AA.Vv., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 19-21 settembre 1985), Milano, 1988, 147 ss.; Id., *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 155 ss.; R. LASCHENA, *Profilo costituzionali dell'istruzione nel processo amministrativo*, in AA.Vv., *Studi per il centenario della IV Sezione*, Roma, 1989, 769 ss.; Id., *L'istruzione nel processo amministrativo: profili generali*, in AA.Vv., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1809 ss.; L. MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 143; Id., *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in *Ius pubblicum*, maggio 2017; Id., (voce) *Istruttoria processuale* (dir. amm.), AA.Vv., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 3297 ss.; L. BAGAROTTO, *Posizioni giuridiche soggettive e mezzi di prova nei giudizi amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 293 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185 ss.

(4) Cfr. V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 26 ss.

(5) L. MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo*, cit., definisce l'istruzione probatoria come «l'attività svolta dalle parti e dal giudice per la conoscenza dei fatti, finalizzata a rendere possibile una pronuncia definitiva sulla base della conoscenza della realtà su cui si fondano le affermazioni delle parti».

in una tensione tra terzietà e garanzia della ricerca della verità (6). Si innesta così «il problema della individuazione di un giusto bilanciamento tra poteri (dispositivi) della parte e poteri (acquisitivi) del giudice» (7). Già da tempo dottrina e giurisprudenza hanno opportunamente precisato, da un lato, che la delimitazione del *thema decidendum* è governata dal principio della domanda (8), sicché l'allegazione dei fatti (anche secondari) è riservata alle parti (9); dall'altro, che l'onere dell'allegazione non è affatto incompatibile con l'attribuzione al giudice di poteri istruttori, anche

(6) Al giudice, in particolare, spetta «il potere di disporre l'ammissione delle prove richieste dalle parti», quello di «valutare le prove acquisite ai fini del giudizio», nonché «il potere di disporre il completamento dell'istruttoria»: così, L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 419. Invero, la centralità istruttoria del giudice è sembrata «contrastare [...] con i principi dello Stato liberale, il quale comporta che il giudice non si faccia parte»: in questi termini, A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 23. Tuttavia, il giudice, seppur non indifferente all'effettività del contraddittorio, resta terzo, limitandosi ad assicurare le condizioni necessarie a che la decisione sia giusta. Sottolinea F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 205: «sono dunque le parti e non il giudice che possono compiere l'introduzione nel processo dei fatti della realtà esterna occorrenti per mettere il giudice in grado di verificare la esattezza delle loro affermazioni, siano essi i fatti (principali) che formano oggetto della prova che si vuol dare, siano essi quegli altri fatti (secondari) destinati a fornire, per via di indizio, la prova dei fatti principali. Resta, pertanto, escluso che l'introduzione dei fatti nel processo possa avvenire ad opera del giudice, come è nel sistema inquisitorio». Cfr., altresì, L. R. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2008, 934; M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, in M.P. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, II, 2024, 317.

(7) L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 425.

(8) Cfr. M. NIGRO, *Domanda (principio della): II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1. Di recente, Tar Lazio, Roma, Sez. II, 3 luglio 2023, n. 11161, ove si legge che, nel caso di esercizio dei poteri di cui agli artt. 63 e 64 c.p.a., «il giudice incontra il generale limite di non potere sovvertire o ampliare il *thema decidendum* o sopperire all'inerzia delle parti, essendo in rapporto di "strumentalità in senso stretto" con l'oggetto del giudizio *a quo*».

(9) R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 209 ss. Per 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 *Il processo*, 2021, 3, 524, «quanto al *thema probandum*, il principio dispositivo, risolto in primis nell'indicazione dei fatti principali fondanti la pretesa, non si estende alla produzione della prova, trovandosi tradizionalmente tradotto in onere di un principio di prova connesso all'operare del principio acquisitivo». Nello stesso senso anche, C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, AA.Vv., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 4391; L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 424.

perché, più in generale, «la disponibilità delle prove appartiene alla dimensione epistemica del procedimento, ossia alla tecnica del processo, e non al principio dispositivo in senso proprio» (10).

La partecipazione attiva del giudice durante la fase istruttoria si giustifica, almeno sul piano teorico, in considerazione dell'assimmetria che caratterizza le parti del processo amministrativo. La prova è in prevalenza nella disponibilità dell'amministrazione: sono i documenti formatisi all'esito dell'istruttoria procedimentale a essere la base probatoria principale (11). Proprio per questo il processo amministrativo è aperto a logiche riconducibili al metodo acquisitivo che permettono al giudice di non essere vincolato alla prova offerta dalle parti, potendo intervenire per accertare fatti rilevanti ai fini della decisione. Tale soluzione è stata confermata dal codice del processo amministrativo che, tuttavia, non è rimasto esente da critiche. Anzi, «per quanto concerne lo svolgimento del giudizio, la situazione meno soddisfacente è [proprio] quella che attiene all'istruttoria» (12). In particolare, il codice è subito apparso il frutto di una volontà legislativa impron-

(10) Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, 175.

(11) M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, cit., 315.

(12) In questi termini, C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, cit., 365. Per G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 587, la disciplina dell'istruttoria dettata dal d.lgs. n. 104 del 2010 in molti aspetti è subito apparsa «tutt'altr[o] che linear[e]». Parla di disposizioni «non sempre chiare», A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Milano, 2024, 275. In generale, sull'impatto delle modifiche avutesi con l'introduzione del codice del processo amministrativo, cfr. A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 600-601; F.G. SCOCA, *Artt. 63 e 64*, in AA.VV., *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA - V. LOPILATO, Milano, 2010, 535 ss.; F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Giustamm.it*, 30 luglio 2022. Tra l'altro, l'istruzione probatoria, anche a seguito dell'emanazione del codice del processo amministrativo, non ha mai assunto le caratteristiche di una vera e propria fase processuale autonoma, compiutamente disciplinata e dotata di un giudice istruttore. Peraltra, l'assenza di un'udienza istruttoria pone le parti nell'incertezza, poiché soltanto nell'udienza di discussione del merito hanno conoscenza circa l'esito delle istanze istruttori: così L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 429. Sull'assenza di un giudice istruttore nel processo amministrativo, cfr. C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2020, 2, 356; M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. e società*, 2020, 2, 201.

tata a una certa prudenza: se, da una parte, ha voluto conformarsi, seppur timidamente, al sistema basato sul principio dispositivo con metodo acquisitivo (13), dall'altra, ha omesso di chiarire i confini di tale intervento. Infatti, «sulla disponibilità e sull'onere della prova “il codice pasticcia un po’”». Si è, così, realizzato un articolato normativo a maglie larghe (14) che lascia libertà al ruolo creativo del giudice amministrativo anche nell'individuazione delle regole processuali (15), dovendo, questo, mediare tra «la necessità di compensare eventuali disparità tra le parti nell'accesso ai documenti probatori» e «la posizione di terzietà propria del suo ruolo giurisdizionale» (16).

(13) Cfr. V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, 4, 861 ss. F.G. SCOCÀ, *Artt. 63 e 64*, cit., 539; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2025, 231 ss.; L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 418 ss.; F. FIGORILLI, *Art. 63*, in AA.Vv., *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di G. FALCON - F. CORTESE - B. MARCHETTI, Padova, 2021, 608, ss.

(14) F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit.

(15) M.G. DELLA SCALA, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della “indispensabilità”*, cit., 525. Sul ruolo creativo della giurisprudenza, cfr. C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 8-9; A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 691 ss.; F. FOLLIERI, *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 265 ss. L'attività creativa del giudice amministrativo sembra trovare ancora più spazio dai varchi lasciati a partire dal 2010: in questo senso, si v. R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 655.

(16) P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in AA.Vv., *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. CARANTA, Bologna, 2011, 536-538, secondo la quale resta «compito della giurisprudenza, ancora una volta, scegliere l'una o l'altra direzione, rafforzando i poteri integrativo-acquisitivi del giudice [...] tutt'altro che recessivi nella disciplina dei mezzi di prova oppure interpretando in senso più civilistico il principio dell'onere della prova enunciato, forse solo enfaticamente, nel comma 1 dell'art. 64». Per A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in AA.Vv., *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, I, 461, «la redistribuzione delle attività processuali tra il giudice e le parti 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 recentissima codificazione, da numerose e non del tutto risolte ambiguità di fondo».

Tuttavia, 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 essere affidata al singolo giudicante» (17).

2. La natura dell'attività istruttoria del giudice amministrativo.

Fermo restando l'onere di prova in capo alle parti, il codice del processo amministrativo stabilisce la possibilità per il giudice di chiedere alle prime, chiarimenti e documenti (art. 63, comma 1, c.p.a.), nonché di ordinare, anche a terzi, l'esibizione di documenti o di quant'altro ritenga necessario, secondo il disposto degli articoli 210 ss. c.p.c. (art. 63, comma 2, c.p.a.). Ancora, è previsto che il giudice possa disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini della decisione che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione (art. 64, comma 3, c.p.a.); infine, ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'art. 46, il presidente, un magistrato da lui delegato o il collegio, anche su istanza di parte, ordina l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni (art. 65, comma 3, c.p.a.).

Il quadro normativo che ne viene fuori merita alcune osservazioni (18).

L'onere di prova è limitato a quanto nella «disponibilità» delle parti (art. 64, comma 1). Ne risulta, quindi, un onere di allegazione alleggerito, affiancato dal potere del giudice di acquisire le informazioni e i documenti che siano nella disponibilità dell'amministrazione (art. 64, comma 3) e non del ricorrente. Per questo,

(17) F. SAITTA, *Interprete senza spartito?*, Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo, Napoli, 2022, 266-267, sottolinea «la necessità, in uno Stato basato sul principio di legalità, di predeterminare in via normativa la ripartizione degli oneri probatori»; Id., *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1 ss., spec. 43-45. Nella dottrina civilistica, cfr. G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 627.

(18) Cfr. G. VELTRI, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in *Giustizia amministrativa*, 2013.

la previsione in oggetto non coincide con quanto statuito dall'art. 2697 c.c. per il processo civile (19).

Allo stesso tempo, dal tenore letterale delle norme, sembra che l'intervento del giudice sia strutturato in termini di possibilità («può chiedere...», «può ordinare...», «può disporre...»), evidenziando il carattere discrezionale del potere attribuito. L'unica eccezione è data dal comma 3 dell'art. 65 c.p.a. che configura come vincolante («ordina...») il potere del giudice di chiedere all'amministrazione «l'esibizione del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'articolo 46», qualora non siano stati depositati (20). Dunque, fatta salva tale ultima circostanza, non si avrebbe un obbligo, ma uno strumento nella disponibilità del giudice che questi può utilizzare nell'ambito della propria autonomia e responsabilità decisoria. Così facendo, sembrerebbe che la verità processuale sia subordinata a scelte discrezionali non sindacabili, poiché l'istruttoria del giudice risulta possibile e non doverosa.

Tuttavia, è il caso di osservare che la discrezionalità non va intesa in termini di arbitrarietà: essa è, comunque, funzionale alla ricerca della verità e deve essere letta alla luce degli artt. 111 della Costituzione, 2 c.p.a., nonché dell'art. 6 della CEDU. In quest'ottica, il giudice è chiamato a valutare, caso per caso, se sia opportuno attivare i poteri istruttori attribuiti dall'ordinamento, nel rispetto del principio dispositivo e dell'onere probatorio in capo alle parti. E, qualora tale attività (su cui, appunto, vi è un margine di valutazione) risulti positiva, questi è tenuto a ordinare, a chiedere o a disporre l'acquisizione della prova. Sarà, quindi, necessario accertare l'adempimento all'onere del principio di prova in capo al ricorrente, tenuto conto di chi ne avesse effettivamente la disponibilità. Nel caso in cui la valutazione sia positiva, l'in-

(19) F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit.

(20) In questi termini, L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 429, dove si sottolinea che, salvo la disposizione di cui all'art. 65, comma 3, c.p.a., «quanto ai confini entro cui il giudice può esplicare il potere acquisitivo, va rilevato in primo luogo che, all'interno del Codice, nulla è detto in generale sulla tipologia, né sulla doverosità dello stesso».

tervento non è più rimesso all'opportunità, ma è dovuto (21): l'inerzia, in presenza dei presupposti indicati dalla legge, integra la violazione del diritto di difesa (22). In questo modo, potere e dovere non si pongono come due momenti separati, ma come estremi di un unico rapporto: l'esercizio del potere, quando ricorrono i presupposti, si trasforma in dovere.

Dunque, l'argomento letterale non sembra essere decisivo: al ricorrere dei presupposti richiesti dal legislatore (adempimento del principio di prova, alla luce di chi avesse la disponibilità della stessa), la possibilità si converte in dovere. Diversamente si andrebbe a negare il diritto alla prova e la parità sostanziale delle parti.

In questo contesto il processo amministrativo manifesta la capacità di coniugare la centralità dell'istruttoria condotta dalle parti, con l'esigenza di ricerca della verità, attribuendo al giudice una funzione attiva nella formazione della decisione. La prova, così, si muove in un terreno condiviso tra le parti e il giudice, al fine di perseguire non solo la legalità formale del processo, ma anche la verità sostanziale dei fatti (23). Infatti, il valore sociale legato alla necessità, alla base del processo amministrativo, di valutare la legittimità di una decisione pubblica comporta che la

(21) In giurisprudenza si parla anche di “potere-dovere istruttorio del giudice”. In Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2023, n. 382, si legge che «il provvedimento impugnato e gli atti del procedimento amministrativo relativo sono per definizione indispensabili al giudizio e la mancata produzione da parte dell'Amministrazione non comporta decadenza, sussistendo il potere-dovere del giudice di acquisirli d'ufficio». Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. II, 17 giugno 2022, n. 4982; Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2820; Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2738.

(22) Cfr. C. SILVANO, *Il principio dispositivo con metodo acquisitivo alla luce del principio di trasparenza e del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: un'analisi critica*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 2, 386 e F. SAITTA, *Interprete senza spartito?*, cit., 269.

(23) Si legge in Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2023, n. 5786, che «fermo restando l'onere della prova a carico delle parti, il giudice può chiedere alle stesse anche d'ufficio chiarimenti o documenti. Tale strumento di acquisizione, nel suo concreto atteggiarsi, non determina alcuna violazione delle prerogative processuali delle parti, ovvero una compressione del principio della “parità delle armi” poiché è conforme al principio dispositivo temperato con metodo acquisitivo che connota il processo amministrativo». Nello stesso senso anche, Cons. Stato, Sez. II, 17 febbraio 2023, n. 1688; Cons. Stato, Sez. IV, 4 gennaio 2018, n. 36.

determinazione della realtà processuale non possa essere demandata esclusivamente alle parti, giustificandosi, così, l'attribuzione al giudice del potere di ricercare fatti su cui fondare la propria decisione.

Del resto, il codice non individua un punto di equilibrio prestabilito tra attività delle parti e poteri istruttori del giudice⁽²⁴⁾ e, più che definire l'onere probatorio in capo alle prime, indica i confini dell'intervento del secondo, che, in questo modo, assume un carattere residuale, venendo meno quando il ricorrente è nelle condizioni di assolvere autonomamente all'onere della prova⁽²⁵⁾. Infatti, è «lo stesso principio di disponibilità della prova a rappresentare un vincolo per il giudice in ordine all'accertamento del fatto, non potendo sostituirsi alle parti in relazione alla stessa scelta degli atti da sottoporre al giudicante»⁽²⁶⁾.

Non diversamente, qualora risulti che l'onere per il ricorrente sia reso particolarmente gravoso, si manifesta lo spazio per l'intervento del giudice, finalizzato a riequilibrare il rapporto, che, per questo, non solo può, ma deve attivarsi per garantire che l'esito del giudizio non sia condizionato da una diseguale distribuzione delle conoscenze e delle fonti probatorie.

Dunque, l'intervento del giudice può intendersi doveroso ogniqualvolta ci sia asimmetria tra le parti e siano accertati due presupposti: (i) l'amministrazione abbia esclusiva o prevalente disponibilità della prova; (ii) il ricorrente, che non ha disponibilità di atti e documenti, assolva al principio di prova.

3. Disponibilità della prova e asimmetria tra le parti.

È chiaro che imporre gli stessi obblighi a soggetti non posti sullo stesso piano avrebbe finito per facilitare solo la parte che ha disponibilità della prova, finendo per negare la possibilità di

⁽²⁴⁾ Difficilmente tale bilanciamento può trovare esplicitazione in una norma, sulla questione cfr. P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, cit., 537-538.

⁽²⁵⁾ P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 110.

⁽²⁶⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 429.

tutela, in contrasto con la previsione di cui all'art. 2 c.p.a. che, nel sancire il principio della parità delle parti, postula un'uguaglianza effettiva e non solo formale. Si sviluppa, così, una relazione peculiare tra onere e disponibilità, in forza della quale non vi è un rigido criterio di riparto basato su una predeterminata bipartizione tra attore e convenuto, ma una regola flessibile, che sembra richiamare l'idea di vicinanza della prova elaborata dalla Corte di cassazione (27). Invero, il concetto di disponibilità pare essere ancora più stringente rispetto a quello di vicinanza: non si limita, infatti, a un solo giudizio di preferenza tra le parti, imponendo l'onere sul soggetto più vicino, ma circoscrive tale obbligo solo a quanto effettivamente la parte sia in grado di provare. Detto altrimenti, il concetto di disponibilità implica un ulteriore accertamento sull'accessibilità alla prova che tenga conto del caso concreto.

Il concetto di disponibilità è, pertanto, strettamente connesso alla sussistenza (o meno) di un'asimmetria tra la parte pubblica e quella privata che andrebbe a giustificare, di fatto, la presenza di poteri ufficiosi del giudice. In linea teorica, nessuna norma prevede espressamente che la parte pubblica sia giuridicamente o istituzionalmente in una situazione di predominanza, perché «l'uguaglianza delle parti è costitutiva dell'idea stessa di giudice» (28). Eppure, il dovere di attivare i poteri istruttori è, ancora oggi, ricondotto dalla giurisprudenza alla necessità di riequilibrare strutturali

(27) F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit., osserva che «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) [è una] regola di recente elaborazione giurisprudenziale in virtù della quale l'onere probatorio viene posto a carico della parte che, per la sua posizione, si trova più vicina alla fonte di prova, così da evitare l'iniquità che conseguirebbe al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del soggetto che vi era tenuto nei casi in cui la fonte di prova non sia nella disponibilità di quest'ultimo, bensì della controparte che ha interesse a paralizzarne la pretesa».

(28) P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, cit., 85, e ivi i richiami a F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, apparso sulla rivista *Jus*, 1997, 318 ss.

asimmetrie (29). Il processo, in particolare, è stato concepito come naturale prosecuzione del procedimento (30), quale luogo per rivalutare la legittimità della decisione (31). Se il procedimento, infatti, costituisce lo spazio dell'esercizio del potere, il processo è quello della sua naturale verifica. Ne discende che i due momenti non sono del tutto scindibili tra loro: la conoscenza acquisita in sede procedimentale e l'accesso a documenti e fonti rilevano in modo decisivo anche in sede giudiziale, condizionando la possibilità per il ricorrente di strutturare la propria difesa (32).

Del resto, l'uguaglianza sostanziale delle parti nel processo è condizione imprescindibile (33) che non può essere lesa dal riflesso della sovraordinazione sul piano sostanziale della pubblica amministrazione: «l'autorità non entra e non può entrare nel giudizio» (34). Le possibili disuguaglianze, se ancora vi sono, devono restare relegate al piano sostanziale, non potendo riflettersi sulla giustizia della decisione (35). Pertanto, il giudice am-

(29) Cfr. C. SILVANO, *Il principio dispositivo con metodo acquisitivo alla luce del principio di trasparenza e del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: un'analisi critica*, cit., 382. Cons. Stato, Sez. II, 22 agosto 2024, n. 7216, sottolinea che i «poteri d'ufficio del giudice trovano una giustificazione sostanziale nell'esigenza di ricostruire nel processo un equilibrio fra le posizioni delle parti, giacché generalmente soltanto l'amministrazione dispone della prova dei fatti rilevanti, perché li ha acquisiti nel corso del procedimento amministrativo, realizzando in tal modo un'egualanza sostanziale tra le parti, in coerenza con il principio costituzionale della parità delle parti sancito dall'art. 111 della Costituzione».

(30) G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *Giustamm.* it., 2002, 11. Più di recente M.G. DELLA SCALA, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della "indispensabilità"*, cit., 522-523.

(31) In questo senso, cfr. S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in AA.Vv., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. ORLANDO, III, Milano, 1901, 615 ss.

(32) V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, cit., 845, sostiene la natura prettamente impugnatoria del processo amministrativo, «che presuppone un atto proveniente da una pubblica amministrazione al termine di un procedimento amministrativo che si erge a fonte privilegiata per l'accesso ai fatti da parte del giudice».

(33) L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 427.

(34) Così F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., 319.

(35) G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus online*, 2020, 3, 18.

ministrativo, nato come giudice nell'amministrazione e divenuto giudice dell'amministrazione⁽³⁶⁾, non può non tener conto del particolare rapporto tra la parte pubblica e quella privata. Non si può guardare al fatto prescindendo dal procedimento, proprio in ragione della continuità tra l'uno e l'altro, nel senso che l'interesse pubblico, riferito al caso concreto⁽³⁷⁾, si forma nel primo e viene giudicato nel secondo⁽³⁸⁾. Per questo spesso l'istruttoria processuale appare come un'istruttoria sull'istruttoria procedimentale.

Invero, storicamente il processo amministrativo ha dovuto liberarsi dalla soggezione all'amministrazione e assumere la fisionomia di vero e proprio giudizio, differenziando le proprie regole da quelle del procedimento⁽³⁹⁾. La l. 7 agosto 1990, n. 241 ha riconosciuto in via legislativa la partecipazione al procedimento amministrativo, dettando una serie di regole che contengono pretese del privato e doveri dell'amministrazione⁽⁴⁰⁾. La valo-

⁽³⁶⁾ Cfr. A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 585 ss.

⁽³⁷⁾ I. PAGANI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 2, 277-278.

⁽³⁸⁾ «Nel diritto amministrativo, i fatti non possono essere intesi nella dimensione statica di accadimento storico, ma si pongono in stretto rapporto con l'interesse pubblico concreto», in questi termini, I. PAGANI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, cit., 278. Cfr., altresì, F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss., spec. 1070.

⁽³⁹⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 23. Secondo F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126, nel *genus* procedimento rientrano sia il processo che il procedimento, il primo forma della funzione giurisdizionale e, il secondo, forma della funzione amministrativa.

⁽⁴⁰⁾ L'idea del procedimento come luogo di svolgimento di una relazione è consolidata nella letteratura successiva all'emissione della l. n. 241 del 1990. *Ex multis*: F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. Zrro, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; S. COGNETTI, «Quantità» e «qualità» della partecipazione, Milano, 2000; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, 2000, III, 27 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione e partecipazione*, in AA.VV., *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione. Atti del Convegno*. Bergamo, 15 novembre 2002, a cura di M. ANDREIS, Milano, 2004, 181 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.

rizzazione del rapporto procedimentale ha permesso di ridurre gli squilibri tra le parti, anche sul piano processuale. Inoltre, la richiamata normativa permette al cittadino di prendere visione di atti e documenti nella disponibilità dell'amministrazione, il che avrebbe dovuto ridurre la necessità di intervento del giudice per supplire alle difficoltà del ricorrente nell'acquisire le prove. Infatti, il modificato rapporto tra privato e amministrazione, così come la maggiore trasparenza dell'istruttoria procedimentale, consentono un migliore accesso ai documenti e alle informazioni del procedimento. Tuttavia, la breve durata del termine per ricorrere, peraltro non sospeso dalla proposizione dell'istanza di accesso, comporta che spesso il ricorrente si trovi nella condizione di dover agire senza avere la disponibilità di tutti gli atti necessari⁽⁴¹⁾. La brevità dei termini e la natura cartolare del rito comportano, in concreto, che il giudice sia ancora chiamato a intervenire per supplire alle lacune documentali in capo al ricorrente, evitando che la decisione rifletta le asimmetrie strutturali tra le parti. Dunque, l'accertamento giudiziale sulla disponibilità della prova richiede di verificare: (i) che il ricorrente abbia accesso alla documentazione necessaria; (ii) che tale accesso sia praticabile compatibilmente con i tempi del rito⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 62. Tale circostanza era già riconosciuta da G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991, 260, che però sosteneva che «la previsione nella recente legge 7 agosto 1990, n. 241, di un organico sistema di pubblicità degli atti amministrativi e l'attribuzione al ricorrente di reali poteri d'accesso, dovrebbe far venir meno in gran parte la necessità di prevedere un metodo acquisitivo nel processo amministrativo e dovrebbe trasformare l'onere di fornire un principio di prova per gli atti in possesso della P.A. in un onere pieno della prova».

⁽⁴²⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 439, segnala come, qualora l'esito di tale accertamento sia negativo, la valutazione condotta non venga manifestata espressamente, il che costituisce sicuramente un pregiudizio per il ricorrente che non viene messo nelle condizioni di sapere le ragioni della decisione, in evidente contrasto con il principio di collaborazione previsto dall'art. 2, comma 2, c.p.a. Nello stesso senso anche F.G. SCOCA, *Artt. 63 e 64*, cit., 539.

4. (Segue). Il ruolo del giudice quale garante della parità sostanziale tra le parti.

Si sviluppa, così, un processo amministrativo quale spazio per ricomporre gli squilibri tra le parti⁽⁴³⁾. Ed è sicuramente un intento meritorio quello del giudice amministrativo di ristabilire, nel processo e attraverso il processo, quell'equilibrio che non esiste sul terreno sostanziale⁽⁴⁴⁾. Ne emerge una continuità tra il piano sostanziale e quello processuale, poiché la carenza documentale del ricorrente è riequilibrata da un alleggerimento degli oneri sul piano processuale⁽⁴⁵⁾.

Qualora il ricorrente non abbia disponibilità di quanto necessario, è sufficiente, per lo stesso, assolvere a un principio di prova, nel senso che potrà limitarsi a prospettare al giudice una ricostruzione attendibile dei fatti sotto il profilo giuridico e fattuale⁽⁴⁶⁾.

Al contrario, sull'amministrazione non graverà solamente il compito di semplice resistente, ma di soggetto titolare di obblighi collaborativi specifici, la cui condotta incide non solo sull'onere della prova, ma anche sull'equità del processo. L'amministrazione finisce, così, per racchiudere in sé una doppia veste: quella di parte, al pari del privato, e quella «di soggetto esterno al processo

⁽⁴³⁾ G. DE GIORGI, *Poteri d'ufficio del Giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.Vv., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Annuario AIPDA 2012, Napoli, 2013, 20, ritiene che «ruolo attivo del giudice e centralità del contraddittorio vanno dunque nella stessa direzione e rispondono a un'esigenza logico-pratica del processo che utilizza la dialettica processuale come metodologia della rilevanza e teoria della confutazione secondo il punto di vista di un giudice imparziale».

⁽⁴⁴⁾ L.R. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, cit., 936; Id., *Sul problema dell'ingresso dei fatti nel processo. Il processo come retto dal solo principio dispositivo*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, a cura di G. LEONE, Napoli, 2019, III, 1175 ss.; 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 *Giustizia Insieme*, 2021, 11.

⁽⁴⁵⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 28, che considerava espressione di ciò già l'art. 21, comma 1, della legge TAR.

⁽⁴⁶⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 426 ss.; C. SILVANO, *Il principio dispositivo con metodo acquisitivo alla luce del principio di trasparenza e del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: un'analisi critica*, cit., 381-382.

e titolare di sue specifiche competenze esercitabili esclusivamente per il raggiungimento del pubblico interesse» (47).

In questa tensione, si inserisce la figura del giudice amministrativo quale arbitro non neutrale, ma imparziale: un soggetto terzo, ma non indifferente alle logiche di potere tra le parti; garante del contraddittorio, ma non estraneo all'accertamento della verità. Sul giudice grava il compito di fare in modo che la verità processuale non sia solo il risultato della forza probatoria dell'amministrazione, ma che si abbia un accertamento autentico, rispettoso del diritto di difesa del ricorrente e della parità sostanziale delle parti (48). Da questo consegue che sul giudice grava il compito di riequilibrare le asimmetrie (49); ovviamente, l'attività d'ufficio non sostituisce quella delle parti, ma la integra, nei limiti in cui ciò sia funzionale a realizzare una tutela effettiva degli interessi coinvolti. Infatti, i poteri ufficiosi non incidono direttamente sull'onere della prova: se un fatto resta non provato anche all'esito dell'esercizio di tali poteri, soccomberà la parte su cui grava l'onere di prova (50). Quando il giudice interviene per integrare la prova non sta sovvertendo le logiche processuali, ma sta tutelando il fondamento del processo come sede in cui realizzare la giustizia del caso concreto. Così facendo, la discrezionalità istruttoria del giudice amministrativo non è sinonimo di arbitrarietà, ma indica una responsabilità istituzionale da esercitare entro i pa-

(47) C.E. GALLO, *Giudizio amministrativo*, in *Digesto, Disc. Pubbl.*, VII, 1991, 243.

(48) F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in AA.Vv., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, cit., 164.

(49) Come riconosciuto da F.G. SCOCA, *Il primo correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2012, 3, 305.

(50) «Non può essere accolta una censura che non sia supportata da adeguato principio di prova; né in tal caso alle carenze probatorie può supplirsi con i poteri giudiziari istruttori, specie allorché, a sostegno del denunciato vizio di legittimità, vengano posti non dati più o meno circostanziati, ma notizie di stampa e, quindi, elementi di conoscenza scarsi se non dubitativi. Infatti, a fronte di un siffatto quadro di circostanze, non si può pretendere dal giudicante l'attivazione di incombenti istruttori ritenuti dallo stesso non necessari per ovviare alle defezioni della formulata denuncia»: così Cons. Stato, Sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4171. Più di recente, nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. III, 3 aprile 2025, n. 2848.

rametri della proporzionalità e della correttezza⁽⁵¹⁾: essa diventa doverosa quando, senza tale intervento istruttorio, verrebbe meno l'accertamento di fatti rilevanti per la decisione. Ne discende che il potere di valutazione dei presupposti e il dovere di intervento al fine di ristabilire l'equilibrio tra le parti si pongono su un medesimo asse: la valutazione sull'opportunità di agire, se ha esito positivo, sfocia in un dovere giuridico di farlo. In tale rapporto si colloca la specificità istruttoria del processo amministrativo, in cui la scelta di attivare poteri istruttori non è un gesto eventuale, ma atto che si inserisce in una trama di garanzie, in cui si intrecciano la necessità di una corretta ricostruzione dei fatti e l'interesse alla tutela del ricorrente.

Per tali motivi, il giudice non rinuncia alla sua imparzialità⁽⁵²⁾, ma la esercita in un modo diverso e più significativo, bilanciando l'intervento in ragione dell'effettiva forza probatoria delle parti, senza deformare il procedimento o deresponsabilizzare il cittadino. Il che rappresenta una rilevante applicazione del principio del giusto processo⁽⁵³⁾, alla luce di una lettura congiunta degli artt. 111 Cost., 6 CEDU e 2 c.p.a.⁽⁵⁴⁾.

Quanto detto, peraltro, solleva qualche perplessità circa la presenza in giurisprudenza di una regola sull'onere della prova, stabilita *a priori*, che non tenga conto del caso concreto e dell'effettiva disponibilità, ma che si basi sul tipo di azione o di giurisdizio-

⁽⁵¹⁾ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 179, secondo cui «giusto processo significa anche un processo proporzionato ed adeguato».

⁽⁵²⁾ Sulla compatibilità dei poteri officiosi del giudice con il principio di imparzialità del giudice: Cfr. F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, 281 ss.; Id., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit., 93 ss.; Id., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 3, 911 ss.

⁽⁵³⁾ Non a caso, «il giusto processo è stato costruito, soprattutto nell'esperienza costituzionale degli stati continentali, come un diritto della parte all'ingresso nel processo». In questi termini, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 174.

⁽⁵⁴⁾ P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, cit., 88.

ne. Infatti, in talune circostanze trova applicazione integrale l'art. 2697 c.c., sul presupposto che gli elementi di prova non siano nella disponibilità esclusiva dell'amministrazione, ma il privato abbia quanto necessario a sostenere il ricorso. Il riferimento è alle controversie risarcitorie⁽⁵⁵⁾ e, in generale, alle ipotesi di giurisdizione esclusiva⁽⁵⁶⁾: in questi casi si considera il soggetto privato in grado di assolvere pienamente all'onere della prova. Ne deriva una doppia via: sul ricorrente graverà l'onere di prova piena per le controversie risarcitorie e le ipotesi di giurisdizione esclusiva; nei restanti casi, qualora solo l'amministrazione abbia la disponibilità della prova e il ricorrente assolva al principio di prova, vi sarà spazio per l'attività istruttoria del giudice⁽⁵⁷⁾. Tuttavia, non sempre atti e documenti sono nella piena disponibilità del privato, pertanto la posizione delle parti, anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, non è poi così diversa da quella in sede di legittimità⁽⁵⁸⁾. Ciò è ancora più evidente nel caso di domanda di risarcimento che, di fatto, presuppone una preventiva o contestuale azione di annullamento del provvedimento da cui dipende il danno, venendo il ricorrente posto, anche in questo caso, in una posizione di inferiorità nei confronti della parte pubblica⁽⁵⁹⁾.

Di conseguenza, la distinzione più corretta appare quella non basata sulla tipologia di azione o di giudizio, ma quella che guarda alla sola disponibilità dei fatti da provare. In questo modo,

⁽⁵⁵⁾ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 6 maggio 2025, n. 3844; Cons. Stato, Sez. III, 21 maggio 2025, n. 4339; Cons. Stato, Sez. III, 9 dicembre 2024, n. 9822; Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2023, n. 3681.

⁽⁵⁶⁾ *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 99; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 18 novembre 2022, n. 15345; Tar Piemonte, Torino, Sez. I, 18 dicembre 2022, n. 867; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 1 luglio 2020, n. 2752.

⁽⁵⁷⁾ A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 9, 2959 ss., considera l'esistenza di un terzo modello relativo alle ipotesi di condanna a un *facere*.

⁽⁵⁸⁾ In questo senso già G. LEONE, *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, Padova, 2006, 467.

⁽⁵⁹⁾ In questo stesso senso, cfr. F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit., 926-927; Id., *La prova del danno e l'incerta «civilizzazione» del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2005, 1564-1565.

si avrebbero due regole di riparto dell'onere della prova: per i fatti di cui il ricorrente ha disponibilità vige la regola della prova piena; se, invece, i fatti sono nella disponibilità della sola amministrazione, trova applicazione la regola del principio di prova per il ricorrente che, qualora assolta, risulta sufficiente per dare impulso ai poteri istruttori del giudice (60).

5. Tra potere e dovere istruttorio del giudice: il “nastro di Möbius” del processo amministrativo.

Il processo amministrativo affianca alla necessità di garantire la signoria istruttoria delle parti una più rilevante preoccupazione: quella di perseguire una decisione che rispecchi la realtà fattuale (61). Le parti nel processo non ricercano la scoperta della verità, ma la vittoria: per tali ragioni, l'attribuzione di poteri istruttori al giudice diviene uno strumento necessario per la ricostruzione della verità (62). Se si conviene sulla necessità di perseguire una sentenza “giusta”, che rispecchi cioè la realtà materiale (63), non sembra difficile potersi sostenere che con il principio della domanda possa concorrere il dovere del giudice di integrare le prove, qualora ne ricorrono i presupposti. Senza la possibilità del giudice di intervenire non si potrebbe nemmeno parlare di “giusto processo” (64).

Peraltro, la «disponibilità delle prove non significa potere della parte di disporre del processo» (65); quando vi è parità so-

(60) F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit., 927.

(61) S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 80.

(62) F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit.

(63) Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 119, secondo cui «il processo è giusto se è sistematicamente orientato a far sì che si stabilisca la verità dei fatti rilevanti per la decisione, ed è ingiusto nella misura in cui è strutturato in modo da ostacolare o limitare la scoperta della verità, dato che in questo caso ciò che si ostacola o si limita è la giustizia della decisione con cui il processo si conclude».

(64) M. TARUFFO, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 723 ss.

(65) F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit., 936.

stanziale tra le parti, il giudice non può sostituirsi a esse nell'attività probatoria; tuttavia, se tale parità manca, per indisponibilità delle prove, il potere si trasforma in dovere⁽⁶⁶⁾. Infatti, la lettura della natura dell'intervento del giudice in chiave doverosa va sempre coordinata con l'effettiva disponibilità della prova e con la diligenza esigibile nel reperirla: «il giudice non deve supplire con propri poteri istruttori ad incombenti cui la parte può diligentemente provvedere»⁽⁶⁷⁾.

Dunque, il processo amministrativo, letto alla luce degli artt. 111 Cost., 6 CEDU e 2 c.p.a., impone di guardare all'attività del giudice come doverosa ognqualvolta il ricorrente abbia assolto al principio di prova, valutato in base alla disponibilità della stessa e alla diligenza concretamente esigibile. In questo senso il rapporto tra "potere" e "dovere" istruttorio può trovare efficace rappresentazione nella figura del nastro di *Möbius*⁽⁶⁸⁾, una particolare forma geometrica in cui superficie interna ed esterna si fondono in un *continuum* senza soluzione di continuità. Allo stesso modo, il momento valutativo (potere) e quello esecutivo (dovere) dell'intervento istruttorio del giudice non costituiscono piani separati e indipendenti, ma sono parte di un unico disegno, funzionale alla realizzazione del giusto processo⁽⁶⁹⁾. La caratteristica di questo rapporto, così come della figura geometrica, è che non esiste un preciso punto di cesura tra le due fasi: l'una deve condurre naturalmente all'altra. Come nel caso del nastro di *Möbius*, potere e dovere sono posti in continuità, al fine di garantire la parità sostanziale delle parti e l'accertamento della verità processuale.

⁽⁶⁶⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 40-41

⁽⁶⁷⁾ Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 1 dicembre 2010, n. 26440. Nello stesso senso anche, Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 14 novembre 2012, n. 1787; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 18 ottobre 2012, n. 8633; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 14 giugno 2012, n. 2830; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 12 aprile 2011, n. 2079.

⁽⁶⁸⁾ Nome dato in ragione di August Ferdinand Möbius, che scoprì tale peculiare figura geometrica nel settembre 1858.

⁽⁶⁹⁾ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 176, osserva come «il principio della completezza e pienezza della tutela si annoveri tra i profili funzionali o di efficienza che rappresentano articolazioni del principio del giusto processo».

L'uno vive e si alimenta dell'altro: il potere, al ricorrere dei presupposti, si converte in dovere; il dovere presuppone, in concreto, l'aver esercitato (positivamente) il potere.

In questo modo, la scelta legislativa di configurare i poteri istruttori del giudice in termini di possibilità non esclude la loro trasformazione in obbligo, quando un'eventuale inerzia metterebbe a rischio la ricerca della verità. Così, l'attività uffiosa del giudice rappresenta una naturale e doverosa prosecuzione della regola dell'onere della prova gravante sulle parti, ogniqualvolta l'asimmetria probatoria ne minacci l'equilibrio.

ABSTRACT: Il presente lavoro intende valutare la natura — doverosa o discrezionale — dell'intervento istruttorio del giudice. Pur in presenza di un dato letterale che lo configura come facoltativo (“puo”), al ricorrere di determinate condizioni (assolvimento dell'onere del principio di prova da parte del ricorrente, indisponibilità della stessa per il privato e prevalente disponibilità in capo all'amministrazione), il giudice è tenuto a intervenire per riequilibrare la disparità tra le parti. Ne discende una lettura congiunta di potere e dovere istruttorio che si fondono in un *continuum*, assimilabile al nastro di Möbius: il momento valutativo (circa l'assolvimento dei presupposti richiesti al ricorrente) e quello doveroso (dell'intervento del giudice) non sono separati, ma funzionalmente integrati per assicurare la parità sostanziale delle parti e la realizzazione del giusto processo, alla luce di una lettura congiunta degli artt. 111 Cost., 6 CEDU e 2 c.p.a.

ABSTRACT: *This paper aims to assess the nature — mandatory or discretionary — of the judge's preliminary investigation. Even though the law states that it is optional, under certain conditions (fulfillment of the principle of proof by the appellant, unavailability of the same to the private individual, and prevailing availability to the administration), the judge is required to intervene to rebalance the disparities between the parties. This leads to a combined interpretation of investigative power and duty that merge into a continuum, similar to a Möbius strip: the moment of assessment (regarding the fulfillment of the requirements for the appellant) and the moment of duty (of the judge's intervention) are not separate but functionally integrated to ensure the substantial equality of the parties and the realization of a fair trial, in light of a joint interpretation of Articles III of the Constitution, 6 of the ECHR, and 2 of the Administrative Procedure Code.*