Istruttoria e principi della giustizia amministrativa

di Marco Mazzamuto

Si, d'après l'examen d'une affaire, il a y lieu d'ordonner que des faits ou des écritures soient vérifiés, ou qu'une partie soit interrogée, le Grand-Juge désignera un Maître des requêtes, ou commettra sur les lieux: il réglera la forme dans la quelle il sera procédé à ces actes d'instruction (art. 14 Décret impérial 1806 sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État).

Sommario: 1. I civilizzatori tra *ratio* liberale e *ratio* autoritaria. — 2. Il paradigma travisante dell'origine autoritaria della giustizia amministrativa. — 3. Il codice, l'istruttoria e le mode civilizzanti. — 3.1. Critica del modello benvenutiano. — 4. Specialità e *ratio* dell'istruttoria nella tradizione del processo amministrativo. — 5. Il giudice pretore signore della prova e signore del giudizio. Il bilanciamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato e l'elasticità in funzione della tutela. — 6. La sterile ricerca di un giudice amministrativo mero applicatore della legge e il presunto modello unico di giurisdizione nella Costituzione. — 7. Il paradigma travisante del (non) giudice del fatto. — 7.1. La discrezionalità tecnica. — 8. I pericoli di irrigidimento normativo e di involuzione autoritaria delle recenti generazioni di giudici amministrativi. — 9. Principio di prova, disponibilità della prova, non contestazione, argomenti di prova, trattamenti differenziati a seconda delle posizioni soggettive e delle azioni, più probabile che non, regola di giudizio. — 10. Conclusioni.

1. I civilizzatori tra *ratio* liberale e *ratio* autoritaria.

La *ratio* che muove coloro che intendono civilizzare la giustizia amministrativa ha due matrici.

Vi è anzitutto una matrice autenticamente liberale che ritiene di individuare nel modello della giustizia civile lo strumento per rafforzare le garanzie del cittadino.

Questa prospettazione era comprensibile nel XIX sec., ove, a ben vedere, non si consumava tanto, nell'alternativa tra monismo e dualismo giurisdizionale, una contrapposizione tra liberalismo

e autoritarismo, come a volte erroneamente si afferma, bensì si discuteva, nella comunanza del *telos* liberale, su quale potesse essere il miglior mezzo per raggiungere il fine (1), cioè la costruzione delle guarentigie del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione. Ma oggi, dopo l'esperienza maturata in due secoli e dopo che la giustizia amministrativa si è guadagnata sul campo una indiscutibile superiorità nei livelli di tutela conseguiti, riproporre ancora il modello civilistico appare segnato da ingenuità o da difetto di ricognizione storica.

Ciò che appare ancor più sorprendente di questi orientamenti è che non ci si avveda di come ogni passo in direzione della civilizzazione della giustizia amministrativa condurrebbe ad un risultato opposto a quello desiderato, cioè ad una proporzionale diminuzione della tutela del cittadino. Nel nostro ordinamento ne abbiamo avuto una emblematica riprova con la privatizzazione del pubblico impiego: persino la giustizia del lavoro, segnata, nel contesto privatistico, dalla maggior tutela del lavoratore rispetto ad un comune contraente, rimane un *minus* rispetto alla tutela che questo stesso lavoratore poteva in precedenza esperire nel sistema giuspubblicistico.

Vi è poi una seconda matrice, tutta novecentesca, che nasconde invece una genuina *ratio* autoritaria. È questo il vero filone che tesse le fila, a volte strumentalizzando gli argomenti di quel vecchio e ingenuo liberalismo. Si è perfettamente consapevoli

(1) Basti evocare L. MORTARA, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione*, 1886-1887, ristampa, Napoli, 2013, 155, a quel momento, ma non ancora per molto, sostenitore della giurisdizione unica, il quale osservava che il «liberalismo» e la «buona fede» degli oppositori della legge del 1865 non può essere messa in dubbio. O, riguardo alla dottrina tedesca, V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, 1ª ed., vol. III, Milano, 1901, 639: «Per quanto anche la letteratura germanica non manchi di autorevoli sostenitori del sistema della giurisdizione unica, non può negarsi che sia più conforme alle tendenze generali di quella scuola il concetto che la giurisdizione amministrativa abbia un contenuto così speciale che non consiglia di affidarne la relativa competenza ai giudici ordinari. Ma le ragioni che a tale opinione inducevano erano ispirate non tanto da autoritarismo, come parrebbe, quanto ad un più profondo rispetto per gl'interessi dei singoli nei loro rapporti con l'azione amministrativa».

che il sistema giuspubblicistico ha costruito un vincolo giuridico stringente e proprio per questo lo si mette in discussione al fine di garantire una maggiore libertà dell'amministrazione nel perseguimento degli interessi pubblici.

Si tratta di un diffuso orientamento, che ha dominato il campo in questi ultimi decenni, di prevalente estrazione socialista e di cui si può individuare il capostipite nostrano in Massimo Severo Giannini (2): efficienza, public management, vizi formali, logica del risultato, e quanto altro di similare, non sono che parole d'ordine variamente informate ad una medesima filosofia volta a riequilibrare il regime giuridico a favore dell'amministrazione e a detrimento della tradizione liberale del diritto amministrativo.

Il ricorso all'ordito privatistico, sia esso diretto, sia esso per ibridazione del diritto amministrativo, si presta perfettamente a questi scopi, proprio perché si tradurrebbe in una significativa attenuazione del vincolo giuridico cui andrebbe sottoposta l'amministrazione.

Cosa è del resto l'intero sistema giuspubblicistico, sia nei principi di diritto sostanziale, sia in quelli di diritto processuale, se non un gigantesco diritto *diseguale* posto a riequilibrare la (generale) diseguaglianza del cittadino di fronte ai diritti riconosciuti dall'ordinamento alla pubblica amministrazione per il perseguimento degli interessi pubblici (3)?

In più occasioni, si è cercato di dimostrare analiticamente che, una volta attribuiti determinati diritti all'amministrazione, più o meno esteso che ne sia l'ambito, è il regime pubblicistico, quello ereditato dalla tradizione francese, a costituire la maggior garanzia per il cittadino, con un vincolo giuridico, sia sul versante sostanziale, sia su quello rimediale, ben più stringente di quello

(2) M. Mazzamuto, *La matrice dottrinaria del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in AIPDA, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Napoli, 2014, 23 ss.

(3) M. Mazzamuto, *Per un richiamo alla gloriosa tradizione del contenzioso amministrativo*, in *AIPDA*, *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, 2013, 266.

che potrebbe offrire l'ordito civilistico, naturalmente rispettoso dell'autonomia privata, libertà che non si vuole parimenti riconoscere all'esercizio dei diritti dell'amministrazione (4).

Per usare le parole di una autorevole dottrina francese, i diritti dell'amministrazione danno luogo a *derogations en plus*, ma, al contempo, questi diritti sono soggetti ad un regime, quello di diritto amministrativo, colmo di *derogations en moins*, ove «l'amministrazione appare, tutto all'opposto, infinitamente meno libera, nell'esercizio della sua volontà, che i privati» (5), non diversamente del resto da quanto affermavano già i nostri *patres*: se nei rapporti privati, «la massima *quod feci iure feci* costituisce una barriera insormontabile», «nei rapporti (…) dei poteri discrezionali dell'autorità amministrativa una tale assoluta insindacabilità dell'esercizio di quei poteri non può ammettersi e s'impongono invece delle restrizioni che originano da considerazioni tutte particolari al diritto amministrativo» (6); vi è «una differenza sostanziale fra la posizione dell'amministrazione e quella dei privati», sicché «la prima è, di regola, più vincolata di questi» (7), in quanto, grazie al maggior garantismo del sistema giuspubblicistico, «la protezione giuridica verso gli enti pubblici ha un'estensione maggiore che non quella che si svolge tra persone private» (8).

(4) M. Mazzamuto, *Pour une défense du droit administratif issu de la tradition française*, in *Il diritto dell'economia*, 2025, on line open access; Id., *The Formation of the Italian Administrative Justice System, European Common Principles of Administrative Law, and 'Jurisdictionalisation' of Administrative Justice in the19th Century*, in *Administrative Justice Fin de siècle*, a cura di G. Della Cananea - S. Mannoni, Oxford, 2021, 295 ss.; Id., *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo,* in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 283 ss.; Id., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.; Id., *Il riparto di iurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 161 ss.

(5) J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Revue du droit public*, 1953, 279 ss.

(6) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 667.

(7) S. Romano, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in *Scritti minori*, vol. II, Milano, 1950, 393.

(8) S. Romano, *Principii di diritto amministrativo*, 3ª ed., Milano, 1912, 199 ss.

2. Il paradigma travisante dell'origine autoritaria della giustizia amministrativa.

È difficile trovare una mistificazione storica e ideologica pari a quella che si è consumata nei confronti della giustizia amministrativa. In ciò hanno certamente anche contribuito vulgate storiografiche che hanno inteso rappresentare il secolo decimonono nel segno di uno Stato affetto dal dominio di classe e dunque autoritario, mentre si dimentica che si è trattato del secolo dello Stato di diritto, fucina di straordinarie garanzie di cui ancor oggi beneficiamo e nelle quali rientra a pieno titolo, anzi tra i più grandi risultati della modernità, la meravigliosa invenzione della giustizia amministrativa e del diritto da essa creato.

In questo travisamento è diffusa l'idea che la giustizia amministrativa si sia sviluppata all'insegna della tutela dell'interesse pubblico, prima come procedimento amministrativo e poi, a prosieguo del primo, come giurisdizione obiettiva, sicché, per realizzare una vera giustizia, che sia autenticamente giurisdizionale e autenticamente volta alla tutela dell'interesse del cittadino, occorresse superare questo passato, dall'inseguimento del modello civilistico sino da ultimo alle odierne enfatizzazioni dei traguardi (ritenuti) decisivi del codice del processo amministrativo.

Nulla di più travisante.

Per quanto nei primissimi tempi successivi alla Rivoluzione potevano esservi dubbi al riguardo, bastò già solo qualche decennio perché la giustizia amministrativa disvelasse inequivocabilmente la sua attitudine garantista. Sotto questo profilo, si tratta di una giustizia che non pare tanto figlia della Rivoluzione, come spesso si dà troppo per scontato, bensì, tutto al contrario, della reazione liberale al giacobinismo. E la riprova la si ha già nello stesso modo di produzione del diritto: in un ordinamento nato all'insegna del primato della legge, espressione della nuova sovranità, e di cui l'invenzione rivoluzionaria della Corte di Cassazione, soggetta a quel primato, costituiva il naturale precipitato giurisdizionale, il *Conseil d'État*, ben diversamente, con la cre-

azione pretoria del diritto amministrativo, ha dato luogo al più grande *judge-made law* del XIX sec.

Quale che sia l'armamentario concettuale o interpretativo che si voglia utilizzare si ha difficoltà a comprendere come si possa mai tralasciare un inconfutabile dato storico, ovvero sia che la giustizia amministrativa ha costruito un sistema di tutela nei confronti dei pubblici poteri che non ha pari in tutta la storia della civiltà giuridica. Perché mai si sarebbe realizzato tutto questo, se tale giustizia fosse stata informata ad una *ratio* autoritaria di tutela dell'interesse pubblico? Basterebbe soltanto un siffatto rilievo, cioè la valenza assorbente del *risultato*, per fare cadere intere cattedrali affette da pregiudizi ideologici e da puri formalismi storico-giuridici, costruiti attorno a modelli astratti e monistici di funzionamento della giustizia, come se la complessità della storia millenaria del diritto possa essere suscettibile di una *reductio ad unum*.

Formalistico è così screditare quasi un secolo di giustizia amministrativa, perché amministrativa e non giurisdizionale, dimenticando che è proprio qui che i principi fondamentali della maggior tutela giuspubblicistica del cittadino si sono formati. Non è difficile riscontrarlo, sol che si voglia sfogliare i repertori del XIX sec.: basti ad es. evocare i precedenti riguardo al controllo sulla intrinseca giustizia dei provvedimenti (9), per poter affermare che, parimenti

(9) Nella giurisprudenza graziosa, ad es., Cons. Stato (parere), Ad. Gen., 15 novembre 1884, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali*, 1887, 383: «L'assunto del Ministero che l'esame di un ricorso presentato al Rea termini dell'art. 9 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato contro un decreto sovrano, debba restringersi unicamente a conoscere se l'atto impugnato fu emesso dall'Autorità competente, e se nell'emetterlo furono osservate le forme e le garantie per il procedimento, è contrario alla giurisprudenza costante del Consiglio di Stato relativamente all'estensione che può avere il rimedio straordinario riserbato all'Autorità suprema del Re dal citato art. 9 della legge sul Consiglio di Stato contro gli atti non legittimi delle pubbliche Amministrazioni. La legge non ha definito il concetto della legittimità degli atti amministrativi secondo il nostro diritto pubblico, ma ne ha lasciato l'intelligenza alla dottrina ed all'uso; e secondo la dottrina e l'uso non è tenuto per legittimo qualunque atto amministrativo contrario alle leggi ed alla giustizia».

Nella nota redazionale si osserva: «Il Consiglio di Stato opinò molte volte in questo senso. Ricordiamo i pareri a Sezioni riunite del 3 dicembre 1879 e 6 maggio 1880 (Manuale 1880 p. 302); uno pure a Sezioni riunite, inedito, del 5 febbraio 1887 n. 2911. Noi

all'esempio francese, il nostro Consiglio di Stato, in sede di ricorso straordinario, abbia esercitato la propria competenza di legittimità con «una tendenza largamente liberale», guardando alla «violazione non solo dell'*ius*, ma anche dell'*aequitas*» (10).

La giustizia *graziosa* è stata non meno giustizia della giustizia amministrativa divenuta giurisdizionale (11), anzi quest'ultima non è stata altro, in una felice continuità, che il prosieguo, con una diversa veste, della prima di cui ha raccolto la preziosissima eredità, tanto che gli «scopi» della IV Sezione «non differiscono sostanzialmente da quelli del ricorso straordinario al re» e già nel 1897 vi era stata una proposta di abrogazione di quest'ultimo (12).

Il tentativo della scuola palermitana di affermare la natura amministrativa della sopravvenuta IV Sezione riposava essenzialmente nel timore che, con la giurisdizionalizzazione, il Consiglio di Stato divenisse come un semplice giudice civile, sottoposto alla Cassazione, e potesse così perdere i contenuti di quella maggior tutela già costruita: il timore cioè che andasse dissipata una consolidata tradizione, di derivazione francese, informata all'*a-*

abbiamo voluto pubblicare anche questo parere, sebbene di data non recente, perché ci è sembrato che più di tutti interpreti esattamente e in modo chiaro l'art. 9 della legge sul Consiglio di Stato. È superfluo avvertire che facciamo plauso a questa interpretazione, poiché diversamente se l'esame del Consiglio di Stato si dovesse limitare a riconoscere se il decreto contro il quale si ricorre fu emesso dall'Autorità competente, e con le forme prescritte, la garanzia data dal detto art. 9 della legge sul Consiglio di Stato sarebbe illusoria; diventerebbe una mistificazione in danno della vera giustizia».

Il parere inedito del 5 febbraio 1887 è in parte riportato da ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 701, nota: «quantunque tali ricorsi siano letteralmente ristretti alla sola legittimità, pure non è vietato, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, il riesame di quelle questioni sostanziali che si attengono alla vera giustizia dei provvedimenti».

(10) V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 697 e 700.

(11) Che le vie amministrative, avessero già, ancor prima della giurisdizionalizzazione della fine del XIX sec., una natura sostanzialmente giustiziale, M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 383. V. anche F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 489 e U. FORTI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1931, 223.

(12) V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 709-710, il quale altresì osservava che «l'istituto del ricorso straordinario al re ha perduto ogni sua ragion d'essere (…) non si può dire soltanto inutile: esso è ingombrante e perciò dannoso».

equitas e che consentiva, da un lato, di sindacare, oltre la legge, l'intrinseca giustizia dei provvedimenti, o, per usare le parole di Orlando, il «cattivo uso di poteri discrezionali» che si traducesse in «arbitrio», ove «appare in tutta la sua gravità scientifica, la specialità del diritto pubblico», d'altro lato, di dare tutela ad un'ampia sfera di interessi sostanziali. Ed una tradizione che trovava appunto già ampio riscontro nel nostro ordinamento con la giustizia graziosa del ricorso straordinario al re (13).

Non meno travisante è la vulgata per la quale il giudice amministrativo, nella sua sopravvenuta veste giurisdizionale, nascerebbe come giurisdizione obiettiva, sempre in continuità con la giustizia graziosa, ma in una continuità questa volta erroneamente intesa in *malam partem*, di un sistema cioè che era originariamente e che era rimasto volto alla tutela dell'interesse pubblico e non anche di posizioni soggettive dotate di rilievo sostanziale (14).

La giustizia amministrativa invero non è mai stata una giustizia obiettiva, né quando era amministrativa (15), né quando è divenuta giurisdizionale, semmai, grazie alla larga selezione equitativa della tradizione graziosa, ha sempre riconosciuto rilievo giuridico ad una sfera ben più ampia di interessi sostanziali rispetto alla tradizione privatistica.

In Francia, fu Paul Collet, e soltanto nel 1876, non a caso dopo il passaggio nel 1872 alla giustizia delegata, che mise per la pri-

(13) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 665 ss.: «la competenza di annullamento, in via di contenzioso amministrativo, può attuarsi in un campo più largo di quelle della legalità in senso formalmente rigoroso. Si deve alla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese una tale concezione più larga, che può suggerire alcuni confronti con l'*aequitas* romana. Vedremo, in atto, tale criterio di competenza nell'idea di 'legittimità' (nel ricorso straordinario) e di 'eccesso di potere' (nel ricorso alla IV Sezione)»; una larghezza che rende questa giustizia non limitata «al puro e semplice riconoscimento di un diritto subiettivo».

(14) Ad es., M. Nigro, *Silvio Spaventa e lo stato di diritto*, 1989, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 2022, che, malamente, evoca «l'idea, che praticamente dominerà l'ottocento e oltre, della natura obiettiva della giurisdizione amministrativa come diretta ad assicurare appunto obiettivamente la legalità dell'amministrazione e non a tutelare situazioni giuridiche del privato cittadino».

(15) Persino nei ricorsi gerarchici occorreva pur sempre un «personale interesse»: v. V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 678, che in nota cita al riguardo pareri del Consiglio di Stato anche antecedenti alla legge del 1889.

ma volta in campo l'argomento della giurisdizione obiettiva (16), mentre ancora, nel 1878, un autorevole consigliere di Stato, Leon Aucoc, affermava che «tali sono le basi del ricorso per eccesso di potere ai suoi debutti: la forza delle cose, la necessità di proteggere gli interessi privati» (17), e parimenti nel 1887 Laferrière vedeva in tale ricorso una «garanzia superiore dovuta ai cittadini» (18). Certo è che, a differenza di un interesse generale e impersonale di un cittadino idoneo soltanto a consentire una mera petizione ai poteri pubblici, il rilievo soggettivo degli interessi del ricorrente e la larghezza equitativa della tradizione graziosa erano, in quegli anni, ancora ben rappresentati dallo stesso Laferrière, che si confrontava con le conseguenze del passaggio alla giustizia delegata (19). Non

(16) P. COLLET, *De Ia jurisprudence du Conseil d'État*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1876, 230: «L'eccesso di potere commesso dagli agenti amministrativi è un pericolo, non solamente per gli interessi privati, ma anche e soprattutto per il governo stesso (…) questo ricorso è, per sua natura, destinata più a proteggere il governo contro le conseguenze dei fatti dei suoi agenti che a dare soddisfazione all'interesse privato», pur dovendo riconoscere che non si tratti di «un'azione popolare, nel senso che ci dà il diritto romano, giacché non basta di essere cittadino francese per potere domandate l'annullamento di ogni atto viziato da incompetenza o da diniego di potere. Occorre ancora che questo atto possa essere applicato al ricorrente».

(17) L. AUCOC, *Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État*, Parigi, 1878, 20.

(18) É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, Parigi, 1887, 18: l'idea che sta dietro il potere di annullamento nel ricorso per eccesso di potere «è quella di una garanzia superiore dovuta ai cittadini, e reclamata dallo stesso ordine pubblico, per l'applicazione delle leggi che regolano la competenza di tutte le autorità o giurisdizioni amministrative».

(19) É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, II, 1888, 407 ss., il quale evidenziava che già nella giurisprudenza graziosa, antecedente al passaggio alla giustizia delegata, il ricorso doveva rimanere fondato su «un interesse diretto e personale», secondo «una regola da lungo tempo consacrata dalla giurisprudenza», e che questa regola «sembra più larga della regola ordinaria relativa alle azioni». Ed infatti se l'interesse diretto e personale «non sarà da confondere con l'interesse generale e impersonale che ogni cittadino può avere a che l'amministrazione si fermi nei limiti della legalità; un tal interesse può bastare per ispirare una petizione ai poteri pubblici, ma non per giustificare un'azione davanti ad una giurisdizione contenziosa; questa azione non può fondarsi che su gli interessi propri del ricorrente»; al contempo, tale interesse diretto e personale «non è necessariamente un interesse pecuniario o materiale; un interesse morale può bastare, purché tocchi direttamente l'autore del ricorso», né è necessario che quest'ultimo «sia nominalmente indicato nell'atto impugnato».

sorprende così che più recenti studi hanno concluso che, per quanto, a cavallo tra XIX e XX sec., da taluni si tentò di dimostrare che «il giudice dell'eccesso di potere non conosceva che di questioni di diritto obiettivo», «la realtà era piuttosto che il ricorso per eccesso di potere serviva a difendere degli interessi puramente individuali, dei diritti subiettivi *lato sensu*, ovvero sia delle situazioni giuridiche soggettive» (20).

Si è già avuto in altre occasioni modo di osservare (21) che, ben lungi dall'essere espressione di una visione autoritaria, quello della giurisdizione obiettiva, pur creando un'ambiguità tra apparenza e realtà giuridica, fu soltanto un mero escamotage con il quale i suoi sostenitori intesero mantenere l'ampiezza graziosa del *locus standi* nel nuovo contesto della giurisdizionalizzazione della giustizia amministrativa in un sistema di *civil law*, dove il giudice applica legge, una legge che però non contemplava tutti quegli interessi suscettibili di riconoscimento secondo la tradizione graziosa. Così come fu anche un mero escamotage per serbare più in generale il prezioso *thesaurus* della giustizia graziosa, e principalmente il controllo sulla intrinseca giustizia del provvedimento, cioè ancora una volta, al di là di un semplice giudice che applica la legge, mantenendo vivo un sindacato su ciò che, per definizione, la stessa legge lasciava libero.

Una vicenda simile è riscontrabile in Germania con la tribunalizzazione della giustizia amministrativa. Rudolf von Gneist la configura come una tutela posta a protezione dell'ordine giuridico, del «diritto obiettivo», ma così mirando, nel voler mantenere la portata dei rimedi amministrativi tradizionali, a lasciar salva la possibilità di sindacare gli abusi della discrezionalità, allora accentuati dalla faziosità dei partiti (22). E ciò vale anche con rife-

(20) N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Parigi, 2003, 303.

(21) M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, cit., cap. II, par. 3.

(22) R. Gneist, *Der Rechtstaat*, Berlin, 1872, tr. it., *Lo Stato secondo il diritto*, Bologna, 1884, 213 ss.: «Nel fatto quella che ora chiamasi *giurisdizione amministrativa* non è più che un nuovo nome per una vecchia idea»; «Tra la forma e la sostanza vi ha un *terzo* aspetto del modo d'azione che, per la forma, non esorbita la legge, che per tendenza di partito (iniquitas) applica il senso delle leggi amministrative a prò di alcuni, a danno di altri».

rimento all'ampiezza del *locus standi*, come in seguito ebbe lapidariamente a chiarire Otto Mayer (23).

Anche in Italia le cose non andarono diversamente. Con la giurisdizionalizzazione, la IV Sezione, così come nella Francia della giustizia delegata, non tradì la tradizione graziosa del nostro Consiglio di Stato. L'eccesso di potere divenne il nuovo contenitore nel quale preservare il controllo di legittimità e non solo di mera legalità sulla intrinseca giustizia del provvedimento, di cui Silvio Spaventa, da anni consigliere di Stato, era stato anche coautore (24), per poi farne oggetto di naturale riversamento, da Presidente, nella giurisprudenza della neonata IV Sezione (25). Al contempo, non diversamente da Laferrière, si tiene ferma la larghezza equitativa di una giustizia che però non trasmoda in giurisdizione obiettiva: «il legislatore ha voluto condizionare il diritto di ricorso all'esistenza di un interesse proprio di chi ricorre e di un atto o provvedimento lesivo di tale interesse» (26), e, con la larghezza graziosa, di un interesse ravvisabile «nel caso in cui si

Non a caso V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit, 639-640, nello smentire, come si è visto, l'apparenza di autoritarismo della dottrina tedesca dell'epoca, evoca espressamente Gneist, condividendone così gli assunti garantisti: «È una *petitio principii* il dire che il giudizio possa solo vegliare alla regolarità della forma ed al freno dell'autorità pubblica, e che la sostanza debba essere lasciata al giudizio discrezionale dell'autorità a fine di pubblico bene»

(23) O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, vol. I, Parigi,1903, 210: «Per non limitare troppo il campo della giustizia amministrativa, ci si trova nella necessità di lasciar passare come diritto individuale tutto ciò che è semplicemente protetto in qualche modo dalle regole dell'ordine giuridico. Così, si giunge a porre il principio che la giustizia amministrativa può essere chiamata anche a mantenere semplicemente il diritto positivo, l'ordine giuridico di per sé, che da esso derivino o meno veri diritti individuali».

(24) È, ad es., alla penna di Spaventa che si deve Cons. Stato (parere), 5 dicembre 1879, ove si afferma che la «legittimità» va «intesa alquanto largamente, come richiede l'indole di una savia giurisprudenza amministrativa» e che «la portata» dei ricorsi straordinari al Re «sebbene ristretta alla sola legittimità, non esclude, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, il riesame di quelle questioni sostanziali che si attengono alla *vera giustizia* dei provvedimenti». Citato da G. De Nava, *Consiglio di Stato*, in *Digesto italiano*, Torino, 1895-1898, 310.

(25) Già Cons. Stato,7 gennaio 1892, n. 3, in *Giust. amm.*, I, 1892, 9: a proposito di un provvedimento che «non contiene nulla di illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere».

(26) Cons. Stato, 27 maggio 1893, n. 189, *ivi*., 274.

tratti di rimuovere gli ostacoli per conseguire quella determinata utilità, materiale o morale, o quella posizione o funzione qualsiasi che ne costituisce il contenuto» (27), così come «anche un interesse indiretto e futuro può essere degno di protezione giuridica, ma l'interesse deve essere certo, non soggetto ad alee, né dipendente da condizioni che potrebbero non verificarsi», poiché altrimenti si trasformerebbe il ricorso «in una denuncia fatta a difesa non di un interesse proprio, ma del diritto obiettivo», il che «non è conforme all'indole delle Sezioni giurisdizionali, le quali possono essere adite solamente se e quando il diritto obiettivo sia invocato a tutela di un interesse proprio, certo e realmente offeso» (28).

Vi erano giuristi, come Salandra o Chiovenda, e consiglieri di Stato, come Silvio Spaventa, che con intento liberale aderirono all'idea della giurisdizione obiettiva, così come vi erano giuristi che rimanevano invece più aderenti ad una più coerente coincidenza tra forma e sostanza nella rappresentazione della giustizia amministrativa (29). Non a caso, Orlando, subito dopo la legge Crispi, ebbe con immediatezza ad affermare che, a parte l'elemento estrinseco del difetto di azione giudiziaria, gli interessi «non hanno una base diversa, intrinsecamente, da quella dei diritti (…). E che questa differenza non sia intrinseca alla natura loro, si prova luminosamente da ciò, che un mutamento eventuale

(27) Cons. Stato, 9 marzo 1893, n. 94, *ivi*, 105; sulla sufficienza del solo interesse morale, v. anche Cons. Stato, 7 luglio 1899, n. 350, *ivi*, 1899, 475.

(28) Cons. Stato, 11 luglio 1913 n. 362, *ivi*, 1913, 475 (v. anche la nota che riporta parte della pronuncia)

(29) F. Cammeo, *Commentario*, cit., 285, in nota, e 279: «L'opinione che la giurisdizione amministrativa abbia per oggetto dei diritti pubblici subbiettivi è del resto generalmente accolta». Cammeo arrivava a censurare *generaliter* l'idea stessa di giurisdizione obiettiva, sicché persino nella «giurisdizione penale l'*attore è lo stato*: ed è soltanto la posizione sua di attore principale e necessario che dà l'illusione di una giurisdizione di diritto obiettivo»; Id., *Corso di diritto amministrativo*, 1911-14, ristampa, Padova,1960, 734: «Formalmente la giurisdizione amministrativa non è eccitata né da un organo statuale che procede per dovere di ufficio, né da un qualunque cittadino indipendentemente da un suo interesse, bensì soltanto dal titolare di un interesse attuale, personale e valutabile. Sostanzialmente questo interesse è un diritto come abbiamo avvertito: e tanto lo è che il suo titolare ne ha la disponibilità, ancorché limitata, poiché lo perde se lascia decorrere i termini, può rinunciarvi espressamente per acquiescenza, lo tutela nei limiti dei motivi dedotti, ecc.».

di legislazione, conferendo loro un'azione, può senz'altro tramutarli in veri diritti». E ancora, riguardo alla larghezza del *locus standi*, evidenziava che, se «il diritto comune ci insegna (…) che non esiste una tutela giuridica di meri interessi», poiché «le due espressioni di diritto ed interesse si prendono spesso in senso antitetico», ciò «non può essere accettato così come sta, per il diritto pubblico» (30), e che «può in verità ritenersi che anche quando scopo immediato della legge sia un interesse generale, non è con ciò incompatibile l'ammettere come scopo, sia pure mediato e subordinato dalla legge stessa, la protezione di interessi singoli con cui quella disposizione può venire in rapporto»31; «se questi istituti sono mossi dal solo fine di mantenere la *Rechtsordnung*, come cosa di pubblico generale interesse, perché subordinarne l'attività alla richiesta di un singolo o di una corporazione, il più delle volte mossi da un interesse proprio che non ha nulla da vedere con quello pubblico e generale? È il caso di dire — se ci passa l'espressione volgare — che l'elemento subbiettivo cacciato via dalla porta rientra dalla finestra» (32).

O è anche da menzionare Ranelletti, sotto questo profilo mal interpretato (33), che valorizzò l'escamotage degli interessi occasionalmente protetti dalla norma, tutt'altro che espressione di autoritarismo, in quanto anche qui volto ad asseverare la larghezza graziosa, fermo restando il divieto di dare corso ad un'azione popolare o ad una prospettiva formalista, poiché altrimenti «ammettere un tal ricorso (…) equivale ad ammettere che vi sia un *diritto (lato sensu) alla forma*, indipendentemente dall'interesse, che questa forma può garantire (…). Questo a me pare troppo spinto (…) giacché si verrebbero in sostanza a tutelare *indiretta-*

(30) V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 343 ss.

(31) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 739-740.

(32) *Ivi*, 728.

(33) Ci riferiamo alla non condivisibile opinione di F. G. Scoca, *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. I, Padova, 2007, 313, ove afferma che «la tesi dell'interesse occasionalmente protetto non è molto distante dalla tesi dell'interesse meramente processuale: entrambe escludono la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale, facente perno sull'interesse privato».

mente con ricorsi in via contenziosa interessi, che il diritto non vuole tutelare, *perché non meritano questa tutela*» (34).

Se è questa la realtà storica dovrebbe svuotarsi di ogni rilievo l'odierna e ricorrente sottolineatura del passaggio da una giurisdizione obiettiva ad una giurisdizione subiettiva o della presunta discontinuità che sarebbe derivata dalla sopravvenuta disciplina costituzionale. Non a caso, si è acutamente rilevato che, riguardo all'interesse legittimo, «l'affermazione della sua natura di situazione giuridica soggettiva non abbia portato sul piano pratico ed operativo ad esiti di rilievo» (35).

Invero, questo presunto passaggio ad una concezione soggettiva della tutela ha assunto indirettamente un significato *altro*, suscettibile, questa volta, di produrre conseguenze pratiche e dietro il quale si nasconde la volontà di avvicinare sempre più la giustizia amministrativa al modello civilistico: si tratterebbe cioè, a ben vedere, non del passaggio da una giurisdizione obiettiva ad una subiettiva, bensì, riguardo all'ampiezza del *locus standi*, del passaggio dalla giurisdizione subiettiva della tradizione amministrativa a maglie larghe alla ben diversa giurisdizione subiettiva del processo civile a maglie strette.

Le conseguenze che se ne traggono nella vulgata si traducono così in uno sconcertante capovolgimento. Si vorrebbe far credere che si determinerebbe un avanzamento nel trasmigrare da un'originaria giurisdizione obiettiva autoritaria ad una giurisdizione soggettiva garantista, mentre semmai potrebbe, in ipotesi, avvenire esattamente il contrario. La giurisdizione amministrativa,

(34) O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, 1893, ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. II, Napoli, 1992, 479.

È raro incontrare, rispetto alla vulgata, quanto abbastanza di recente osservato da A. PAJNO, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 4230: «La formula della tutela indiretta ed occasionale è servita a risolvere in via immediata il problema costituito dal riconoscimento di una tutela giudiziaria a posizioni non prese direttamente in considerazione da una esplicita norma di legge».

(35) G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 295.

quella reale, soggettiva e non oggettiva, ha creato un sistema di tutela senza pari e il suo compenetrarsi in una giurisdizione soggettiva di stampo civilistico si tradurrebbe in una rovinosa caduta delle guarentigie del cittadino.

3. Il codice, l'istruttoria e le mode civilizzanti.

Con l'avvento del codice del processo amministrativo anche il tema dell'istruttoria non poteva non dare adito ad una rinnovata riflessione (36), ivi comprese opinioni che ritengono di ricavare dalle previsioni codicistiche una decisa svolta in direzione del sistema dispositivo (37).

Gli odierni propugnatori del gemellaggio civilistico sono certamente al di là dell'indicazione metodologica orlandiana, ovvero sia dell'utilizzo del risalente armamentario civilistico per tecnicizzare il diritto amministrativo, questa volta quello processuale, ma fermo restando l'eterogeneità sostanziale dell'oggetto: «fare del diritto pubblico qualche cosa in cui si parla di tutto meno che di diritto, è certamente un deplorevole sviamento; ma costruire il diritto pubblico in maniera da perdersi affatto quella sua speciale fisionomia che dal diritto privato lo distingue, è un altro abuso non meno dannoso» (38).

Non sembra infatti che si voglia soltanto descrivere con quell'armamentario una giustizia amministrativa che continui a funzionare come ha sempre funzionato, bensì che si voglia apportare ad essa un cambiamento.

Il cambiamento oggi da taluni auspicato non è invero univoco poiché dipende dalle diverse rappresentazioni che si offrono del modello civilistico da imitare.

(36) La letteratura in argomento è nota. Ci limitiamo ad indicare, da ult., per l'originale scelta metodologica di una ricostruzione dell'istruttoria alla luce della teoria dei sistemi luhmanniana, F. Fracchia, *L'onere della prova e l'attività istruttoria nel processo amministrativo: una lettura sistemica*, in corso di pubblicazione.

(37) Ad es., L. R. Perfetti, *Problemi del pieno dispiegarsi del principio dispositivo nel processo amministrativo*, in *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L. R. Perfetti - G. Pesce, Milano, 2024, 7 ss.

(38) V. E. Orlando, *Le teorie fondamentali*, in *Primo trattato*, cit., vol. I, 1900, 46.

Nell'ipotesi peggiore, se si attuasse pienamente il principio dispositivo nella risalente e rigorosa accezione che gli si attribuisce nel processo civile, il ricorrente, per quanto possa oggi anche avvalersi del diritto di accesso ai documenti, verrebbe infatti a subire un importante ridimensionamento delle *chance* di tutela. Ci troveremmo dunque di fronte ad una prospettiva da rigettare interamente.

Nell'ipotesi intermedia, si partirebbe invece dal valorizzare l'emergere di profili inquisitori nel processo civile. È un terreno comparativo di cui si discute in realtà da più un secolo, ma senza che ciò abbia mai portato a far venire meno significative differenze tra i due processi. Anche infatti a cogliere forme di ibridazione e non di rigida dicotomia tra modello dispositivo e modello inquisitorio, ponendo le differenze più su un piano di graduazione «quantitativa» (39), si tratterebbe pur sempre di combinazioni non assimilabili, rimanendo ferma la specialità del processo amministrativo rispetto a quello civile (40), e ciò nel tempo è apparso sempre valido nel rispecchiamento col codice di procedura civile del 1940 (41) e ancora negli anni sessanta e oltre, se il processo amministrativo, di fronte ai segni di «inquisitorializzazione» del processo civile, mostrerebbe pur sempre un «estremismo» dal lato inquisitorio che lo pone «quasi al limite stesso di esistenza di una combinazione» (42).

(39) Già L. RAGGI, *Questioni in materia di prove nei procedimenti nanti le sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le Giunte Provinciali Amministrative*, in *Arch. giur.*, 1910, 210-211: «a prescindere dalla considerazione che non si sa in che cosa precisamente consista il principio cosiddetto dispositivo (…) La differenza tra i due sistemi rispetto all'onere di prova delle parti è (come accenna il Leonhard) quantitativa, non qualitativa».

(40) Così, G. DALLARI, *Il sistema delle prove nel giudizio amministrativo*, in *Studi senesi*, 1919, 98, a partire dalla *querelle* tra i processualcivilisti sulla configurabilità o meno di una espansione dei poteri officiosi del giudice civile, già osservava che «anche ammesso codesto potere nel giudice civile, esso sarebbe ben più angusto e diverso da quello che» le leggi «riconoscono agli organi di giustizia amministrativa».

(41) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 7ª ed., vol. III, Milano, 1954, 296: a differenza del giudice amministrativo, «se pure l'attuale Codice ha investito il giudice di maggiori poteri nella ricerca della verità, la regola fondamentale resta quella dell'iniziativa e dell'autonomia delle parti nel campo istruttorio».

(42) M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, 1967, V, 14.

A parte che in tal modo è il processo civile che sembra avvicinarsi a quello amministrativo e che è tutto da vedere se, a parte ambiti speciali, come il processo del lavoro, le fondamenta tradizionali del sistema civilistico, fin quando cioè esso manterrà il *core* della sua matrice liberale nei rapporti tra privati, potranno mai venire realmente capovolte senza negare il sistema stesso, l'ipotesi intermedia sembra aspirare ad un mutamento di minor portata, ma pur sempre significativo, e cioè ricondurre alla nuova miscela civilistica, tra sistema dispositivo e inquisitorio, il processo amministrativo, sfrondandolo di ciò che rispetto a tale miscela appaia come un *surplus* di componente inquisitoria.

È quanto si pretende oggi nel voler ricavare dalla giurisprudenza pretoria civile sul cd. criterio della disponibilità della prova e da frammenti letterali del codice del processo amministrativo l'origine di quello che si ritiene debba essere il principio ordinante l'attuale assetto del processo amministrativo ([43]).

Anche questa seconda prospettiva non pare affatto auspicabile, poiché nella storia della giustizia amministrativa, di contro, come abbiamo visto, alla sua travisante rappresentazione come una giustizia obiettiva di natura autoritaria, la componente inquisitoria è sempre stata essenzialmente messa al servizio della tutela del cittadino, sicché occorre massima cautela nel prospettarne un ridimensionamento, né si comprende perché mai dovrebbe essere la giustizia civile a fare da modello.

Non deve poi affatto sorprendere che la componente inquisitoria possa anche avere una valenza teleologica garantista. Ce ne dà *aliunde* conferma il recente e speciale percorso della giustizia del lavoro, dove è proprio per favorire la parte debole del rapporto che, sebbene non nella ben più ampia e risalente misura del processo amministrativo, si sono sviluppati maggiori tratti inquisitori (basti evocare l'art. 421 c.p.c.) rispetto alla giustizia civile.

([43]) Con il che, secondo F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 111, «la specialità del processo amministrativo tende a scolorirsi».

La tensione alquanto problematica tra la tendenza inquisitoria ed il tradizionale principio dispositivo è invero una vicenda tutta interna alla giustizia civile (44) che nulla ha a che fare con la tradizione della giustizia amministrativa. Sono storie diverse (45), ed è bene che rimangano tali, sicché il giudice amministrativo non ha alcun bisogno di fondare e sviluppare il proprio percorso alla stregua delle evoluzioni della giurisprudenza della Cassazione che è una giurisdizione superiore di diritto privato e non di diritto pubblico.

Non si possono dunque condividere i continui tentativi di privilegiare le presunte relazioni con l'ordito civilistico, ove si nasconde in realtà una mal posta volontà di civilizzare il processo amministrativo e di negarne l'autonomia.

Né è con la mera associazione di formule astratte, come quella della vicinanza della prova o come anche quella del più proba-

(44) Di recente, S. Patti, *Onere della prova: l'erosione di un'antica regola*, in *www.juscivile.it*, 2023, il quale, riguardo al processo civile, ravvisa l'erosione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., che opera quando il giudice non perviene al convincimento della verità dei fatti, nei seguenti fenomeni di matrice giurisprudenziale: inversione giudiziale dell'onere della prova, anche mediante presunzioni semplici; ripartizione dell'onere della prova mediante il criterio della vicinanza; abbassamento dello standard di prova richiesto (più probabile che non); utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio, anche in funzione percipiente, in ragione della complessità tecnica della questione.

(45) Condivisibilmente A. Paranzola, *Onere della prova*, in *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 208-210, dopo un'articolata disamina dei due processi, conclude che «la tematica in esame si dispone — nella riflessione sul processo amministrativo — entro assi concettuali, quando non ideologici, diversi da quelli che siamo abituati a riconoscere nella evoluzione del processo civile. Solo in quest'ultima è — negli ultimi anni — all'opera una tensione concorrenziale tra i due poli antagonisti della legge (l'art. 2697 c.c. e la predeterminazione legale del ruolo degli elementi della fattispecie) e del giudizio (per mezzo dei criteri tratti dall'esperienza con funzione equitativa), con quest'ultimo polo che va assumendo una posizione sempre più importante», fermo restando «la funzione ordinativa insostituibile» dell'art. 2967 c.c., che «per quanto manipolata (o, se si preferisce, vivificata) dal criterio della vicinanza della prova, nessuno, o quasi, acconsentirebbe a sostituirla con la codificazione di quest'ultimo criterio», mentre «tutt'al contrario» nel processo amministrativo questo stesso criterio, oggi codificato, si inscrive in quella «tradizionale signoria della prova», sicché «siamo al cospetto di un carattere generale che nel tempo si è profondamente impresso nella trama del processo amministrativo, di una nota determinante che non si rintraccia, con la stessa frequenza ed intensità, nel processo civile fra le parti in posizione equiordinata», siamo al cospetto, in definitiva, di una «tradizione risalente e così all'ampio retaggio di idee e dottrine che vi sono state originalmente elaborate in consonanza con i bisogni di vita».

bile che non, e connotate da una discrezionalità giudiziale di tipo equitativo, che si può di per sé accomunare in sede applicativa la vera sostanza di sistemi di giustizia diversi, se non cadendo in una sorta di generico formalismo processuale, fatto di fumisterie estetiche di comodo che possono al più alimentare un inutile compiacimento dei propugnatori di un diritto processuale comune.

È già sufficiente evidenziare al riguardo l'eterogeneità dei conflitti di interesse, sicché una cosa è che le scelte concrete di bilanciamento vertano sui rapporti tra interesse pubblico e interesse privato, altra cosa che vertano sui rapporti tra interessi privati. Ma è altrettanto significativo ricordare, fra i molteplici rivoli di ciascun comparto di diritto amministrativo speciale, l'incomparabile quantità e varietà delle fattispecie pubblicistiche che, nella ricorrente assenza di una esaustiva tipizzazione normativa, necessitano del bilanciamento, con un conseguente carattere elastico del giudizio, che, da un lato, difficilmente è riconducibile a principi di diritto troppo rigidi (46) e, d'altro lato, può trovare idonea e dinamica modulazione nella diversità di vizi che possono motivare il dispositivo di annullamento. Ben più limitata è diversamente l'esigenza di bilanciamento nel processo civile, ove molti interessi, espressione di autonomia privata, sono meno sindacabili (se non insindacabili) e dunque meno contemperabili (se non incontemperabili), la predeterminazione delle fattispecie sostanziali, ivi compreso il riparto legale dell'onere probatorio, è di gran lunga più densa e ricorrente

(46) Si veda, per fare un esempio recente, Cons. Stato, 19 gennaio 2021, n. 584, che, riguardo ai poteri sanzionatori dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, ha derogato al principio secondo il quale, in assenza di espresse previsioni, i termini vanno considerati ordinatori, e ciò perché è una «premessa erronea (…) il ritenere che il tempo dell'azione amministrativa sia uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato» mentre «la relazione che può generarsi è chiaramente poliforme e dipende dalla trama normativa di riferimento, nonché dagli interessi sostanziali in gioco. Pertanto, sia la potestà amministrativa che la posizione giuridica soggettiva dell'amministrato possono comporsi in modo differente»; la stessa «pluralità di figure di interesse legittimo» (interessi oppositivi, pretensivi, rivali, ostili, alla legalità, dipendenti) «evidenzia la presenza di un diverso atteggiarsi della potestà pubblica, che a sua volta impone la presenza di regole sostanziali differenti nel delineare facoltà e obblighi dell'amministrazione e dell'amministrato».

di quanto avviene nelle leggi amministrative, e infine è possibile adottare regole di giudizio semplificanti, come l'art. 2967 c.c., sia grazie alla suddetta predeterminazione, sia grazie alla tendenziale indifferenza rispetto agli esiti del conflitto tra interessi privati, semplificazione e indifferenza che non sono certo parimenti configurabili nel sistema giuspubblicistico.

Qualora invece una siffatta associazione di presunte figure comuni dovesse divenire efficiente anche nella sua sostanza civilistica, sempre che una tale evenienza sia in effetti realmente praticabile, non potrebbero che malauguratamente derivarne conseguenze rovinose per la tutela del cittadino.

È dunque con la propria tradizione giuspubblicistica e, così come avveniva in passato, con le giurisdizioni superiori di diritto pubblico di ordinamenti cugini, ed in particolare col *Conseil d'État*, che semmai i nostri giudici amministrativi dovrebbero tenere vivo il confronto, non certo, se non solo in via del tutto secondaria e residuale, con la nostra Cassazione.

Lo stesso legislatore ha a volte assecondata la moda civilistica, introducendo, per rinvio o per riproduzione, previsioni di derivazione civilistica nel corpo della disciplina del processo amministrativo. Da qui la forte aspettativa dei civilizzatori, come se il sistema pubblicistico e i suoi principi non esistano (o si vuole che non esistano) e siano dunque una sorta di colabrodo plasmabile secondo i loro *desiderata*. L'aspettativa rimane però puntualmente delusa, perché questo sistema, fortunatamente, sembra nel complesso persistere ed è del tutto evidente che una previsione, pur anche letteralmente identica a quella di provenienza, non possa che risuonare diversamente a seconda dell'ambientazione sistematica in cui si colloca. Cosa, ad es., dovrebbe mai ricavarsi in materia cautelare, dall'imitazione dell'art. 700 c.p.c., se i principi dei rispettivi sistemi sono diversi? Così il fondamentale presupposto del *periculum in mora*, nel processo civile, è interpretato restrittivamente alla luce del primato della tutela risarcitoria per equivalente (sanzione meno invasiva dell'autonomia privata), mentre nel processo amministrativo è interpretato più largamente

al fine di preservare, per quanto possibile, il più garantista, per il cittadino, primato della tutela in forma specifica (annullamento, effetto conformativo, ottemperanza).

Lo stesso può dirsi, come è stato pure opportunamente evidenziato (47), per lo scopiazzamento di norme civilistiche relative all'istruttoria, se sono pur sempre rilevabili sensibili discostamenti «al di là della mera assonanza terminologica o semantica».

Non è un caso che tra dottrina e giurisprudenza sia perlopiù diffuso il convincimento che l'assetto dell'istruttoria nei suoi termini fondamentali non abbia subito mutamenti significativi (48), andando così incontro all'auspicio prospettato da chi scrive dopo l'entrata in vigore del codice (49), e cioè che vi era, e vi è ancora, da augurarsi che il nostro giudice amministrativo rimanga ben ancorato al garantismo del proprio modello tradizionale, *quello che è sempre stato*, quali che siano le categorie prescelte per rappresentarlo, e sterilizzi o sminuisca l'ipotetica portata innovativa degli indici normativi valorizzati dai propugnatori della civiliz-

(47) G. Carlotti, *Domanda, principio dispositivo e istruzione*, in *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 56.

(48) Già G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1158, evidenzia che «la dottrina maggioritaria che si è trovata ad analizzare i nuovi artt. 63 e 64 c.p.a. è dell'opinione che l'assetto precedente non sia stato sostanzialmente alterato»; F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 104 e 133, a sua volta, conferma che «secondo la stragrande maggioranza della dottrina, la formula del principio dispositivo con metodo acquisitivo continua a connotare il processo amministrativo anche nel codice» e che «la situazione non muta volgendo lo sguardo alla giurisprudenza», concludendo che ciò «non dev'essere considerato necessariamente un male. Anzi ...».

Già in giurisprudenza, ad es., Cons. Stato, 16 settembre 2011, n. 5227: «nel processo amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore della L. 205 del 2000 e, a fortiori, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito (…) il sistema probatorio è per certo fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, il quale comporta l'onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori». Tra i consiglieri di Stato, ad es., G. Veltri, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013: «Gli esiti dell'analisi del recente codice del processo, conducono ad una piena conferma dell'onere del principio di prova e del metodo acquisitivo».

(49) M. Mazzamuto, *Per un richiamo alla gloriosa tradizione*, cit., 265 ss.

zazione dell'istruttoria, grazie anche, per i cultori dell'esegesi, al forte grado di ambiguità presente nella lettera del codice tra principio dispositivo e principio inquisitorio (50).

Né gli autonomi percorsi della giustizia amministrativa dovrebbero essere esposti al pericolo di una indebita intromissione civilizzante delle Sezioni Unite della Cassazione, atteso che le problematiche istruttorie fuoriescono dalle questioni di giurisdizione, come tradizionalmente ritenuto (51), e come anche da ultimo confermato (52), nonostante il recente (e fortunatamente fallito) tentativo della Cassazione di espandere il sindacato sui motivi di giurisdizione (53). Il pericolo, invero, permane mediatamente, qualora l'istruttoria del fatto e la valutazione di quest'ultimo vengano coinvolte nelle (inopportune) ingerenze della Cassazione sul controllo della discrezionalità amministrativa effettuato dal giudice amministrativo (54).

(50) Ad es., F. SAITTA, *Onere della* prova, cit.,106, parla di indicazioni «obiettivamente altalenanti».

(51) Riguardo ad un rifiuto di perizia, Cass., Sez. Un., 18 febbraio 1924, in *Giur it*., 1924, I, 860.

(52) Ad es., riguardo alla mancata assunzione di prove, Cass. (ord.), Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18559.

(53) Come evidenziato *funditus* in altra occasione, M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato*, Relazione al Convegno *Il processo amministrativo a quindici anni dal suo codice*, Bari 14-15 novembre 2025, già in *Giustamm. it*, 2025, open access, nell'interpretazione originaria della competenza delle Sezioni Unite non era compreso l'eccesso di potere giurisdizionale dei giudici speciali e ciò andrebbe oggi rivisto alla luce della competenza della Corte costituzionale prevista *per tabulas* in materia di conflitto di poteri.

Anche dopo il mutamento giurisprudenziale intervenuto al riguardo, L. MORTARA, *Sindacato delle Sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it*., 1934, I, 1, 495, ricorderà le «osservazioni più volte fatte», asseverando, ancora una volta, «la nostra insistenza nel desiderio di un migliore indirizzo della giurisprudenza delle sezioni unite sulla materia dell'eccesso di potere e sulla giurisdizione che esercita intorno ad essa il consiglio di Stato in sede di legittimità. Non ci stancheremo di ripetere che l'art. 48 del testo unico 26 giugno 1924 conferisce alla corte di cassazione in sezioni unite soltanto il potere di annullare le decisioni viziate da assoluto difetto di giurisdizione. Quando il consiglio di Stato annulla per eccesso di potere l'atto amministrativo non solo pronuncia dentro i limiti della propria giurisdizione, ma pronuncia con un potere giurisdizionale esclusivamente suo proprio, come lo dimostrano le origini e lo svolgimento storico della giustizia amministrativa».

(54) Ad es. Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, che cassa la censura del giudizio di inaffidabilità del concorrente alla stregua delle risultanze di una CTU.

3.1. *Critica del modello benvenutiano.*

Un ulteriore elemento di ambiguità nell'odierno dibattito è costituito dal diffuso e tralaticio riferimento alla formula del «principio dispositivo» (o «processo di parti») «con metodo acquisitivo». Si tratta invero di formule sintetiche di comodo, poiché, ove si guardi in modo più approfondito all'impegnativa monografia benvenutiana del 1953 (55), ci si avvede subito che, al di là del puro interesse dottrinario, vi è stata una sopravvalutazione dell'incidenza e dunque del rilievo pratico di questo contributo, come può esemplificarsi a proposito della questione centrale dei fatti cd. *semplici* o *secondari* (56). La fama della formula non è cioè riportabile all'effettivo pensiero dell'autore, non diversamente da quanto è avvenuto per la, non meno mal posta, fama della formula gianniniana delle procedure di evidenza pubblica (57).

E non vi è dubbio dunque che, per evitare equivoci o per evitare che ciascuno utilizzi tali formule a proprio piacimento, sarebbe preferibile abbandonarne l'uso. Certo è che, nel nostro caso, non risulterebbe appropriato né avvalersene per valorizzare l'assimilazione al processo civile, poiché in Benvenuti è pur sempre inequi-

(55) F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

(56) R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 200 e 203 ss.: «l'utilizzo attuale della formula benvenutiana si distacca in alcuni passaggi fondamentali dal pensiero dell'autore», tanto che «tutt'altra cosa è invece il metodo acquisitivo nella letteratura oggi corrente», ove «si afferma che riconoscere l'iniziativa circa l'introduzione in giudizio, l'allegazione, dei fatti secondari alla parte piuttosto che al giudice non ha nulla a spartire con il principio della domanda e con il potere monopolistico delle parti di individuare l'oggetto del giudizio».

Sulla nozione già G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3a ed., Napoli, 1923, 266, per il quale «diconsi *fatti giuridici* i fatti da cui deriva l'esistenza, la modificazione o la cessazione di una volontà concreta di legge: e come tali distinguonsi dai *fatti semplici* o *motivi*, i quali hanno importanza pel diritto solo in quanto possono servire a provare l'esistenza d'un fatto giuridico». In giur., di recente, Cons. Stato, 3 maggio 2021, n. 3459, su fatti primari e secondari, questi ultimi «da intendersi, come noto, quali fatti strumentali alla conoscenza dei primi e con funzione probatoria degli stessi»; o in quella civile, ad es., Cass., 20 dicembre 2021 n. 40756.

(57) Per l'abbandono di questa formula, M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 60, open access, ove si prospetta il ripristino di dizioni tradizionali più fedeli al diritto positivo, come fase pubblicistica di scelta del contraente o fase pubblicistica di formazione della volontà contrattuale, *et similia*.

voca la necessità di affermare in una certa misura l'autonomia del processo amministrativo e la sua differenza dal processo civile, né, tutto all'opposto, avvalersene per trovarvi una mera conferma del passato, poiché in Benvenuti è altrettanto inequivoco che, pur in apparenza ragionando *de iure condito*, vi sia una prospettazione di mutamento dell'assetto tradizionale del processo amministrativo o di quell'assetto che Egli riteneva tradizionale, tanto che, come è stato ben evidenziato, quella benvenutiana sarebbe, non solo per il giudizio civile, ma anche per quello amministrativo, una «suggestiva costruzione che non trova (…) convincente giustificazione nella concreta disciplina dei due processi in questione» ([58]).

Non si può però al contempo non evidenziare come tali antitetiche oscillazioni siano state anche favorite da una qualche incertezza degli esiti, unitamente alla complessità, del costrutto benvenutiano. Vale quindi la pena di soffermarsi su una breve analisi che cerchi di andare più all'interno di tale teoria per saggiarne, comunque, la sua validità o la sua utilità.

Vi sono alcune premesse fondamentali da cui si prendono le mosse.

Una premessa di carattere *storico*: e cioè l'idea che il processo amministrativo nasca come procedimento amministrativo e che sia finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico. Tale origine per Benvenuti avrebbe poi malamente influenzato le teorie successive alla giurisdizionalizzazione della giustizia amministrativa, avvenuta nell'ultimo scorcio del secolo decimonono.

Una premessa di carattere *valoriale*: e cioè che il modello del processo fondato sui due principi del *ne procedat iudex ex officio* e del *ne eat iudex extra petita partium* sia riconducibile ai «più generali fondamenti dello stesso ordinamento dello Stato come Stato di diritto», e che quei principi «riconoscendo la piena autonomia processuale delle parti, corrispondono ai postulati essenziali dell'ordinamento giuridico dello stato moderno»,

([58]) B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, 1968, ora in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 129.

sebbene «non sempre la logica necessità della costituzione del processo secondo i principi fondamentali dello Stato di diritto, diviene effettiva costruzione del diritto positivo, rappresentando essa piuttosto una direttiva generale che un'esigenza giuridicamente sanzionata».

Da qui, nella prospettiva benvenutiana, l'evidente esigenza di promuovere tale modello. E, lungo questa direttiva, sarebbe poi il processo civile (che incarna, come vedremo, il principio dispositivo, o processo di parti, con metodo dispositivo) il «prototipo dei processi», «il tipo più elevato di processo», quello nel quale si ha «la più alta espressione del riconoscimento della dignità dell'individuo» (59).

Una premessa *metodologica*: e cioè che occorra tecnicizzare l'analisi del processo amministrativo, concentrandosi sulla sua «struttura», sul «puro rapporto processuale», indipendentemente, a differenza della dottrina tradizionale, da quali siano gli oggetti concreti, le ragioni di diritto sostanziale e i fini del processo. Solo in tal modo sarà possibile trovarne i veri tratti peculiari, individuandoli proprio nell'istruttoria, rispetto al processo civile (60).

Da ciò si perviene ad un risultato, che, seguendo le categorie classificatorie, in parte nuove, adottate da Benvenuti, può così sintetizzarsi:

- il processo amministrativo è, secondo il criterio del «potere di costituire il rapporto processuale», un processo «accusatorio», dove «vige pienamente il principio dell'iniziativa di parte» (*ne procedat iudex ex officio*), e non invece un «processo di inquisizione», dove «il giudice può procedere *ex officio*» (61);
- è un «processo di parti», come il processo civile, fondato cioè sul «principio dispositivo» (a volte pure detto a «sistema dispositivo» (62)), ove «è riconosciuta l'esclusiva di-

(59) F. Benvenuti, *op. cit.*, 37, 49, 181, 209, 218.
(60) *Ivi*, 4-26.
(61) *Ivi*, 21-25.
(62) *Ivi*, 257.

sponibilità del ricorrente della indicazione dell'oggetto del giudizio» (*ne eat iudex extra petita partium*), e non un «processo inquisitorio» (da non confondere con un «processo di inquisizione», v. *supra*), diversamente fondato sul «principio inquisitorio», ove il giudice può «intervenire nella concreta individuazione dell'oggetto del giudizio» (63);

- sempre in apparentamento col processo civile, il processo amministrativo, in quanto processo di parti (o retto dal principio o sistema dispositivo), adotta «necessariamente» un «sistema istruttorio» che «si può chiamare sistema dispositivo in senso lato», ove anche i fatti secondari sono esclusivamente «introdotti dalle parti del processo», a differenza di un «sistema istruttorio inquisitorio», ove il giudice può «ricercare al di fuori del processo, mediante un'attività ufficiale, i fatti secondari», e che è «adottato generalmente nei processi inquisitori, e cioè nei processi che si ispirano ad un principio inquisitorio» (64) (che già si caratterizzano per la possibilità che il giudice modifichi l'oggetto del giudizio, intervenendo sui fatti primari); dal che si desume che mentre in un processo di parti si deve («necessariamente») adottare un sistema istruttorio dispositivo in senso lato, ove solo alle parti è rimesso di introdurre sia i fatti primari, sia i fatti secondari, in un processo inquisitorio, al potere del giudice di intervenire sui fatti primari, può accompagnarsi («generalmente») analogo potere per i fatti secondari, mentre, se quest'ultimo potere manchi, l'istruzione «secondaria» del processo inquisitorio avrebbe «la stessa natura dell'istruzione che si esercita in un processo di parti» (65);
- in un'ulteriore distinzione dell'istruttoria di marca tutta benvenutiana, che a sua volta presuppone quella scalare tra principio e metodo, il processo amministrativo è infine retto, dal «metodo acquisitivo», che, a differenza del «metodo dispo-

(63) *Ivi*, 39-41.
(64) *Ivi*, 184-185.
(65) *Ivi*, 76, specie in nota.

sitivo», adottato nel processo civile, presenta maggiori poteri del giudice di ricerca della verità rispetto ai fatti secondari introdotti dalle parti, ed è proprio in questa ulteriore e nuova qualificazione che si consuma invece il divorzio dal processo civile, tanto da arrivare ad affermare che il processo amministrativo «non è una specie o una derivazione di quello civile; perché se esso è, come quello civile, un processo di parti, non ha niente in comune con il metodo del processo civile», e «pur sulla base del sistema dispositivo comune a tutti i processi di parti, ne realizza tuttavia una specie particolare» (66).

Occorre ovviamente prestare una qualche attenzione alla terminologia, che può essere frastornante, mantenendo sempre sostanzialmente distinti questi diversi piani:

- processo accusatorio/processo di inquisizione, che attiene al piano del potere d'iniziativa processuale;
- processo di parti (principio o sistema dispositivo)/processo inquisitorio (principio inquisitorio), che attiene al potere di individuazione dell'oggetto del giudizio (fatti primari);
- sistema istruttorio dispositivo in senso lato (corollario necessario in Benvenuti del processo di parti)/sistema istruttorio inquisitorio, che attiene al potere di introdurre i fatti secondari, nel primo caso rimesso alle sole parti;
- metodo istruttorio dispositivo/metodo istruttorio acquisitivo, nell'ambito di processi di parte con sistema istruttorio dispositivo in senso lato, che attiene ai diversi poteri del giudice di ricerca della verità rispetto ai fatti, primari e secondari, la cui introduzione rimane pur sempre esclusivamente rimessa alle parti.

Per usare le formule, limitandoci al processo civile e a quello amministrativo, potrebbe quindi riassuntivamente affermarsi che il processo civile è un processo accusatorio, di parti (cioè fondato sul principio dispositivo o sistema dispositivo), con necessario sistema istruttorio dispositivo in senso lato e con metodo istrutto-

(66) *Ivi*, 308, 219.

rio dispositivo, mentre il processo amministrativo è un processo accusatorio, di parti (cioè fondato sul principio dispositivo o sistema dispositivo), con necessario sistema istruttorio dispositivo in senso lato e con metodo istruttorio acquisitivo, sicché il distinguo tra i due processi si colloca soltanto nell'ultimo anello della catena delle qualificazioni.

Ma qual è la scommessa di Benvenuti? Da un lato, collocare il processo amministrativo nel processo di parti, per farne derivare delle conseguenze innovative rispetto al (ritenuto) assetto tradizionale, d'altro lato, mantenere pur sempre uno spazio di autonomia e di peculiarità del processo amministrativo. Si tratta di una scommessa niente affatto facile da condurre in porto, traducendosi in un percorso esposto ad un continuo gioco di sottile ricamo, e ciò non solo per le difficoltà di ricostruzione proprie della giustizia amministrativa, ma anche perché la pretesa sistematica panprocessualistica di una siffatta cattedrale di distinzioni, in parte nuove, e la necessità di assumere una determinata caratterizzazione del processo civile, come termine di paragone del processo amministrativo, finiscono in modo inevitabilmente problematico per intrecciarsi col quadro, per altro verso, niente affatto univoco della riflessione processualcivilistica sull'istruttoria e dunque più in generale sul processo civile.

La prima parte del discorso è quella astrattamente più facile da riscontrare. Il problema non sta nel potere d'iniziativa processuale, né su quello di definizione dell'oggetto del giudizio e dunque della introduzione dei fatti primari, atteso che il giudizio amministrativo è stato da sempre informato al principio *ne procedat iudex ex officio* e al principio *ne eat iudex extra petita partium*, inteso con riguardo ai fatti primari che sostengono i motivi di annullamento (67).

Il punto di novità, rispetto all'assetto tradizionale del processo amministrativo, consiste nell'assunto che nel processo di parti

(67) Ad es. Cons. Stato, 11 giugno 1897, n. 239, in *Giust. amm.*, 1897, I, 266: «una tale postuma deduzione, *judicii mutandi causa*, non può esser presa in alcun esame, non avendo formato obbietto né dei motivi del rifiuto, né del reclamo al Ministero, né dell'odierno ricorso basato soltanto sull'eccesso di potere per travisamento di fatto».

anche l'ingresso dei fatti secondari, e non solo di quelli primari, sarebbe esclusivamente rimesso alle parti. Non a caso Benvenuti, nella logica dell'autonomia del processo in un processo di parti, tiene a sottolineare, da un lato e a differenza come vedremo di Nigro, che non vi sia alcun automatico rapporto tra il procedimento amministrativo, in quanto realtà di per sé extraprocessuale, e il processo (68), d'altro lato, che l'amministrazione nel processo deve rivestire solo il ruolo di «parte» e non di «ausiliare del giudice».

Ciò, come si è visto, è il frutto dell'asserzione dommatica benvenutiana del riconnettere necessariamente al processo di parti il «sistema dispositivo in senso lato», ma si tratta di un assunto niente affatto pacifico, se, persino rispetto al processo civile, la dottrina processualcivilistica ne fa oggetto di vivace *querelle* (69).

Ma, anche a voler dare per scontato il suddetto assunto, è soprattutto nell'ultimo corno del discorso, e cioè nella distinzione tra metodo dispositivo e metodo acquisitivo, che le cose si complicano maggiormente, sia sul versante della distinzione col

(68) F. Benvenuti, *op.cit.*, 159-160: contro «una commistione tra la fase amministrativa del procedimento per l'atto amministrativo e la fase giurisdizionale di cognizione sui ricorsi interposti contro quell'atto, che condurrebbe in definitiva o ad attribuire alla prima una diretta rilevanza processuale che essa non ha, ovvero alla seconda una connessione con l'attività amministrativa che costituirebbe una grave anomalia del nostro sistema processuale: il quale è costruito come un autonomo controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa e non come una suprema istanza di revisione di decisioni amministrative».

(69) Di recente, per un quadro sintetico delle varie posizioni, S. Patti, *Le Prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di F. Iudica - P. Zatti, Milano, 2010, 96 ss. Prendendo posizione in senso contrario all'estensione dell'onere di allegazione ai fatti secondari, D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 125, osserva che «il problema dell'allegazione dei fatti secondari nel processo civile viene comunemente impostato in termini di raffronto con la disciplina assegnata all'allegazione dei fatti principali. Partendo dalla premessa che l'allegazione dei fatti principali è rimessa esclusivamente all'iniziativa delle parti, si cerca o di differenziare o di assimilare a quella disciplina anche l'allegazione dei fatti secondari. La distinzione poggia soprattutto sulla diversa funzione attribuita all'allegazione dei fatti secondari rispetto all'allegazione dei fatti principali. L'assimilazione, invece, poggia o sulla negazione della possibilità di distinguere i fatti secondari dai fatti principali ovvero sulla riferibilità anche all'allegazione dei fatti secondari degli stessi principî, che giustificano la signoria delle parti sull'allegazione dei fatti principali».

processo civile, sia sul versante del modello di giurisdizione amministrativa che si prospetta.

Il punto fondamentale di partenza è che nel processo entri pur sempre in campo l'esigenza che il giudice ricerchi la verità dei fatti ai fini del giudizio, il che riguarda anche il processo di parti, ove l'allegazione dei fatti, primari e secondari, spetta esclusivamente alle parti. Qui può al più configurarsi un potere «correttivo» del giudice, con diverse modulazioni, esercitabile «sul piano del processo», ma non sul «piano sostanziale», tanto che sarebbe da escludere che possa configurarsi un dovere delle parti di *edere contra se* e «ciò vale anche per la Pubblica amministrazione come parte del processo» ([70]).

Il metodo dispositivo ([71]), proprio del processo civile, sarebbe così caratterizzato:

- le parti, allegando i fatti, ne dispongono, dichiarando di volersene avvalere, con un atto negoziale che vincola il giudice;
- la ricerca della verità è facilitata dalla condizione di autonomia e diversità delle parti che conduce naturalmente ad un arricchimento del quadro fattuale; ma non sempre questa dinamica è sufficiente, e ciò fa comprendere perché «un puro metodo dispositivo non è attuato in nessun processo»;
- il potere correttivo del giudice può però operare solo sul piano del processo, e cioè sulla «diversità» e non sull'autonomia, avendo un mero carattere di «ausilio» affinché l'attività delle parte sia «stimolata o facilitata», o rinforzandone gli oneri nel porre «accanto all'onere della prova un onere supplementare di verità o completezza», il cui mancato adempimento può avere conseguenze svantaggiose, o ricorrendo ad un «mezzo di prova che serva per conoscere un fatto la cui esistenza sia stata affermata dalle parti», giammai ricorrendo invece anche ad un «fatto principale o un fatto secondario

([70]) F. BENVENUTI, *op.cit.*, 200, anche in nota.
([71]) *Ivi*, 206 ss..

fonte di prova»; e ciò varrebbe anche nelle ipotesi, come l'ispezione o la richiesta di informazione all'Amministrazione, ove «potrebbe sembrare» che il giudice «possa provvedere ad introdurre dei fatti», mentre i fatti secondari emergenti dagli atti possono essere acquisiti solo se vi sia un atto dispositivo delle parti.

Nel metodo acquisitivo (72), riguardando pur sempre un processo di parti, «non si può offrire al problema della ricerca della verità una soluzione molto diversa», ma si persegue lo «scopo di acuire nel processo quella situazione di diversità delle parti che è stimolo a colmare le eventuali diseguaglianze in cui esse si trovino nei confronti dei fatti». La differenza tra i due metodi sembrerebbe dunque essere più una differenza di grado, per quanto si tratti di una differenza i cui contenuti, riguardo ai poteri correttivi del giudice, non appaiono di evidenza cristallina.

In particolare nel processo amministrativo:

- non sussistendo qui autonomia e diversità delle parti, l'allegazione dei fatti, primari e secondari, a differenza del metodo dispositivo, vale solo come atto di «introduzione» e non come atto di disposizione, sicché è al giudice che spetta l'acquisizione dei fatti, sempre se allegati dalle parti, che diventano così «patrimonio comune» del processo e sui quali il giudice, se li ritiene anche *motu proprio* rilevanti, può ordinare o meno mezzi istruttori; ma ciò non significa che il giudice «trovi già nel processo i relativi mezzi di prova, né che egli possa d'altra parte porsi a ricercarli sul terreno materiale», sicché, «se non si voglia contravvenire ai principi fondamentali del processo», resta «l'unica soluzione (…) di ammettere che il giudice ordini ad una parte di provvedere alla prova del fatto acquisito», il che avviene in particolare con «l'istituto della richiesta di schiarimenti, verificazioni, e con l'ordine di produzione di nuovi documenti»; è questo ricondurre comunque alle parti, pur qui non titolari di un

(72) *Ivi*, 248 ss..

potere dispositivo come nel processo civile, che consente di riannodarsi ai principi;

- il distinguo rispetto al metodo dispositivo, per come inteso da Benvenuti, diventa più evidente «nell'ipotesi di acquisizione del risultato di prova», poiché «è possibile pensare che divenga comune non solo il risultato della prova (esperita e prodotta) del fatto probatorio, ma altresì ogni fatto che risulti da quella prova intendendosi che esso sia implicitamente introdotto nel processo»; ove è evidente che il voler mantenere un siffatto significativo aspetto differenziante del processo amministrativo possa poi rientrare nel rispetto dei principi del processo di parti, qui nel contenuto minimo dell'allegazione, solo con una fittizia forzatura («implicitamente»);
- l'allegazione dei fatti, avendo valore solo introduttivo, comporta che il giudice non è vincolato né da un accordo delle parti sull'ingresso di un fatto, né la contestazione o meno di un fatto introdotto da una parte.

Sul versante del processo civile, il modello benvenutiano desta non pochi dubbi. È significativo al riguardo che una dottrina processualcivilistica ne abbia fatto oggetto di disamina critica, tanto più che si tratta di una dottrina che condivide con Benvenuti l'idea che anche i fatti secondari siano rimessi all'esclusiva produzione delle parti: si afferma infatti, di contro a Benvenuti, che, nel processo civile, i fatti comunque risultanti o emergenti dall'esperimento delle prove diventino di per sé patrimonio del processo, indipendentemente dalle parti (73), così come si è ritenuto discutibile più in generale, rispetto allo stesso processo civile, l'artificioso distinguo tra potere «dispositivo» (processo civile) e potere di sola «introduzione» (processo amministrativo) (74).

Ma, per quello che qui soprattutto interessa, è lo stesso modello di processo amministrativo che si offre a non risultare convincente.

(73) B. CAVALLONE, *op. cit.*, 132 ss.

(74) Oltre a Cavallone, nella nostra dottrina R. VILLATA, *op. cit.*, 214, che ravvisa in ciò «il profilo forse meno condivisibile» della tesi di Benvenuti.

Tale modello ha infatti un punto di grave ambiguità che è probabilmente anche all'origine degli usi di comodo della famosa formula benvenutiana: l'ambiguità sta tutta in quella *implicita* allegazione delle parti di un fatto che emergesse dal risultato di una prova, con la quale implicita allegazione l'apparente rigore del sistema dispositivo in senso lato viene ad infrangersi, finendo per lasciare sostanzialmente aperta la porta all'acquisizione di fatti secondari non derivanti dalle parti ma dall'attività istruttoria del giudice.

In altre parole, Benvenuti, oscillando tra l'affermazione che il metodo del processo amministrativo «non ha niente in comune con il metodo del processo civile» e quella che, tra i due processi, «non si può offrire al problema della ricerca della verità una soluzione molto diversa», non riesce poi a trovare, quanto meno sul piano pratico, un decisivo *ubi consistam* per quel nuovo punto intermedio di collocazione del processo amministrativo, che avrebbe dovuto essere segnato, da un lato, dall'abbandono del processo inquisitorio e dall'assunzione del processo amministrativo nell'ambito del processo di parti, d'altro lato, in quest'ultimo *genus*, dal mantenere al contempo un apprezzabile distinguo col processo civile. Si ha quindi l'impressione che Benvenuti, stando sempre alla griglia concettuale da Egli adottata, abbia cercato di conciliare ciò che è infine è risultato sostanzialmente inconciliabile: il (suo) principio dispositivo e il (suo) metodo acquisitivo.

Colpisce poi che in un cotanto sforzo teorico non emerga anche il tema dell'ingresso di fatti primari derivanti dai risultati della prova e dai quali possano prospettarsi motivi aggiunti. È vero che qui è solo con il ricorso per motivi aggiunti della parte che tali fatti primari entrano nel *thema decidendum*, ma lascia pur sempre interdetti che non si sia preso in considerazione un aspetto così rilevante del concreto funzionamento del processo amministrativo, e un aspetto anzi che, rispetto al problema della diseguaglianza, può risultare ancor più importante della stessa questione dei fatti secondari. Basti menzionare la famosa figura del ricorso in bianco, pur oggi recessiva, grazie al diritto di accesso ai documenti,

ma non ancora scomparsa (75), che non era certo una lite temeraria, ma faceva normale affidamento sulle produzioni dell'amministrazione, all'occorrenza, ordinate dal giudice.

La realtà tradizionale della giustizia amministrativa è invero che, attraverso i risultati delle produzioni dell'amministrazione, si sono sempre acquisiti sia fatti secondari, sia fatti primari, a favore del ricorrente e che, come già evidenziato da Orlando (v. *infra*), può essere così imposto all'amministrazione di *edere contra se*. Oggi questa tradizione trova conferma e ancor più deciso rafforzamento nel codice che configura a carico dell'amministrazione l'obbligo *ex lege* di produrre gli atti, tanto che, nella mancanza di uno spontaneo adempimento, l'ordine del giudice sembra avere assunto più il carattere della doverosità che della discrezionalità (art. 46, comma 2, e 65, comma 3, c.p.a.).

Non si può altresì non evidenziare come la teoria benvenutiana non appaia suscettibile di essere seguita neanche guardando a ragioni di carattere più generale, specialmente con riguardo alle premesse da cui tale teoria prende le mosse.

In primo luogo, si cade nel solito travisamento (v. *supra*): la natura inquisitoria della giustizia amministrativa, derivante dalla sua origine amministrativa, costituirebbe per Benvenuti un «metodo» inteso «come mezzo strutturalmente ordinato in modo da far salve le esigenze proprie dell'Amministrazione», cioè «costruito in modo da venire incontro a quelle esigenze anche a scapito delle esigenze del cittadino», mentre, ove se ne valorizzi proficuamente la veste giurisdizionale, nel «processo di parti (...) il metodo che in esso è adottato, non tanto dipende nelle sue peculiarità da una tendenza a porre l'Amministrazione in uno stato di vantaggio, quanto invece della necessità di non porre il cittadino in condizione di svantaggio di fronte all'Amministrazione, aiutandolo a superare quella mancanza di equivalenza che vi è sul terreno della realtà pratica tra lui e l'Amministrazione stessa» (76).

(75) Ad es., T.A.R. Lazio Roma, 3 ottobre 2022, n. 12520.

(76) F. Benvenuti, *op. cit.*, 307.

Non resta così, ancora una volta, che ricordare come la natura inquisitoria sia stata principalmente messa al servizio dell'interesse del cittadino, sicché, se si parte da una corretta rappresentazione della premessa storica, l'auspicato avvento del processo di parti benvenutiano, volendo, almeno in apparenza, impedire l'acquisizione officiosa di fatti secondari e salvando così l'amministrazione dall'*edere contra se*, potrebbe comportare non un avanzamento, ma, al contrario, un arretramento rispetto ai livelli di tutela del cittadino già conseguiti: altro che prototipo ideale! Sotto questo profilo si tratta di una dottrina che contiene il pericolo di un'involuzione autoritaria.

Lascia poi interdetti che alla travisante rappresentazione storica della giustizia amministrativa si accompagni una non meno travisante rappresentazione della nostra gloriosa giuspubblicistica liberale. Se ne dà una troppo scontata, quanto errata coloritura autoritaria, sino al punto da arrivare ad una cattiva, e dunque accademicamente inaccettabile, ricognizione delle fonti del nostro *magister magistrorum*. Così, quando Benvenuti parla del presunto metodo tradizionale inteso «come mezzo strutturalmente ordinato in modo da far salve le esigenze proprie dell'Amministrazione», in nota aggiunge che «così si giustifica ad es. la affermazione di Orlando, *La Giustizia*, *cit*., I ed., p. 1022, (…) secondo cui la richiesta di nuove verificazioni da parte del giudice amministrativo alla Pubblica Amministrazione costituirebbe uno svantaggio per il privato medesimo» (77). Sennonché, nella fonte citata, a parte che si fa ivi riferimento non alle verificazioni, ma alla richiesta di chiarimenti e di documenti, Orlando, come vedremo, dice esattamente il contrario.

Un pregiudizio ideologico che si è poi anche ingiustamente riversato sui sostenitori della giurisdizione obiettiva, riducendo sbrigativamente ad «una ragione storica, o meglio forse, temporale» (78), ritenuta dunque ormai priva di fondamento, l'opinione

(77) *Ivi*, 307.
(78) *Ivi*, 152, nota.

degli autori che, nonostante la giurisdizionalizzazione, continuavano ad avvalorare i poteri officiosi del giudice amministrativo.

Non convincono dunque né la premessa *storica*, né la premessa *valoriale* dalle quali diparte il costrutto benevenutiano.

Ma non convince parimenti la premessa *metodologica*, che appare più che altro utile a creare una zona franca nella quale poter concepire in tutta libertà un proprio modello.

Vi è anzitutto da evidenziare una intrinseca contraddittorietà nello svolgimento. Benvenuti non mantiene coerentemente l'assunto dell'isolare il puro rapporto processuale, poiché non si sottrae alla questione della diseguaglianza delle parti nella disponibilità dei fatti, che, a rigore, è questione extraprocessuale. Si potrebbe infatti affermare che, se taluno incontra una siffatta difficoltà, *sic et simpliciter* perderà la causa. Il potere correttivo del giudice non può allora giustificarsi, come tenta Benvenuti, con l'obiettivo di cercare la verità, il che suona solo come un debole escamotage, ma esprime piuttosto un potere equitativo con una valenza inevitabilmente sostanziale che si concretizza nel processo solo in quanto equità di fonte giurisdizionale. Non a caso la stessa dottrina processualcivilistica riconduce i sopraggiunti temperamenti pretori dell'art. 2967 c.c., come la vicinanza della prova, al giudizio «per mezzo dei criteri tratti dall'esperienza con funzione equitativa» ([79]).

Ma è altro che si vuole soprattutto sottolineare.

Benvenuti, contraddittoriamente o meno, cerca di dare un qualche rilievo alla diseguaglianza, ma, per il resto, è il formalismo processuale a dominare il campo, ignorando così il più ampio sistema nel quale il processo amministrativo è inserito. Più esattamente, si accede ad un armamentario tecnico che ha avuto la sua primaria ambientazione nel diverso sistema civilistico, senza che si possa comprendere, se non a indizio di una strisciante attitudine civilizzante, di come si possa al contempo finire per tralasciare i caratteri complessivi, sostanziali e proces-

([79]) A. PARANZOLA, *op. cit.*, 208-210.

suali, del sistema giuspubblicistico, elementi invece necessari per qualsivoglia costrutto: basti soltanto pensare all'importanza della scarsa predeterminazione normativa delle fattispecie e del riparto dell'onere probatorio nelle leggi amministrative (80). È del resto un vizio ricorrente dei civilizzatori: ignorare o volere ignorare l'esistenza di un autonomo sistema giuspubblicistico.

La portata della stessa questione della diseguaglianza delle parti ne subisce infatti un restringimento, mentre essa ha nella giustizia amministrativa fondamenta ben più antiche e larghe. Il potere acquisitivo e riequilibratore del giudice non è infatti solo da correlare all'anfratto della disparità del cittadino che non può disporre della prova o di una prova piena. Nella tradizione tale disparità è concepita in termini più generali (81) e in termini più

(80) Una visione più sistematica e più vicina alla tradizione, per quanto pure ambientata in un processo di parti, è invece, in quegli anni, ravvisabile in E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966, 1084 ss.: vi sono due aspetti «fondamentali per la teoria del processo amministrativo», e cioè, da un lato, la funzione pretoria di «stabilimento del diritto amministrativo», cui si dà adesso la copertura dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, di contro alla «qualificazione normativa», presupposta dall'art. 2697 c.c., sicché «il rapporto tra fatto e regola si pone in maniera diversa da quella usuale», e, d'altro lato, la «disparità sostanziale» dei soggetti (di contro alla «eguale autonomia» della bilateralità dei soggettivi privati cui si riferiscono i processualcivilisti) che viene «compensata mediante il processo, ancorché questo si istauri su libera iniziativa della parte», e a tale compensazione della disparità si riconduce l'esercizio del potere officioso del giudice nel disporre delle prove e nell'acquisire i fatti secondari (mentre quelli primari rimangono nell'onere del ricorrente, in quanto processo di parti), in vista della «scoperta della verità», giustificando altresì la giurisprudenza che ritiene sufficiente un principio di prova o anche solo uno schema attendibile di ricostruzione dei fatti; tutto ciò negando in definitiva che «per amore di schemi più consueti» possa attribuirsi al processo civile un presunto carattere di esemplarità a scapito della «realtà propria del processo amministrativo, ove il sistema delle prove risulta (…) aperto e libero, senza che ciò contrasti con il carattere dispositivo del relativo processo».

(81) Così, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 17: «la diseguaglianza tra le parti nel processo amministrativo non sta soltanto nel possesso dei documenti, di quanti documenti abbia l'Amministrazione e quanti ne abbia il privato. Essa è piuttosto (insito nel punto) disparità sostanziale, di posizione sostanziale: perché il privato è il destinatario o l'oggetto del provvedimento amministrativo».

Si avvicina alla percezione di tale larghezza (cosa insolita, quanto apprezzabile per gli odierni processuacivilisti, i quali sembrano, per lo più, grandemente distanti dall'alta

generali, e dunque più ampli, può sempre prospettarsi, in sede di istruttoria o di giudizio, l'intervento equitativo del giudice.

Di questo più largo orizzonte ce ne dà indirettamente riscontro, come vedremo meglio in seguito, Mario Nigro, nel 1967, quando osserva che la signoria della prova ed il libero convincimento si atteggiano altresì a «logico accessorio della funzione inventiva propria del giudice amministrativo».

Anche sotto questo profilo, deve ulteriormente affermarsi, di contro a quel travisante paradigma di un'autoritaria giurisdizione obiettiva erede dei rimedi amministrativi nel quale finisce per cadere lo stesso Nigro, che, nella storia concreta della giustizia amministrativa, dalla tradizione graziosa alla sua giurisdizionalizzazione, componente inquisitoria e funzione pretoria sono intrecciate e concorrono sinergicamente allo sviluppo della tutela del cittadino.

Vi è solo un passaggio nel quale Benvenuti, in realtà perfettamente consapevole che il suo voleva anche essere un costrutto di mutamento, sembra titubare sulla prospettiva *de iure condito*. Si dice incidentalmente che il processo amministrativo non è inquisitorio «a meno di negarlo» ([82]).

Ebbene, chi scrive intende appunto negare che non lo sia: il processo amministrativo è, almeno in parte, un processo inquisitorio ed è bene che rimanga tale, lasciando integra la prevalente *ratio* garantista che a questo carattere inquisitorio è storicamente connessa.

La teoria benvenutiana dell'istruttoria non merita dunque di essere seguita *in toto*. Ma andando anche oltre, essa non è altro che un esempio applicativo di quegli orientamenti più generali di cui, nella nostra disciplina, sono stati portatori i mentori della se-

considerazione che della giustizia amministrativa avevano i loro *patres*, come Mortara o Chiovenda), Paranzola, *op. cit.*, 187, quando definisce l'asimmetria informativa come «globale», «una asimmetria, cioè, che può riguardare vuoi la conoscenza e accessibilità materiale dei mezzi di prova, vuoi (e a monte) la stessa esaustiva cognizione della vicenda fattuale alla base della azione in giudizio», cui si collega facilmente l'accezione «lasca» del principio di prova sino a risolvere quest'ultimo in altra cosa, ossìa nella sola attendibilità dei fatti rappresentati.

([82]) F. BENVENUTI, *op. cit.*, 174.

conda metà del XX sec., da Massimo Severo Giannini allo stesso Feliciano Benvenuti. Tali orientamenti hanno determinato delle gravi distorsioni del pensiero giuridico, facendo cadere la comunità giuspubblicistica in una mistificazione o in un vero e proprio analfabetismo della tradizione. Queste dottrine andrebbero radicalmente abbandonate, nella speranza che le nuove generazioni si riapproprino del preziosissimo *thesaurus* del passato e colmino così quella che, quantomeno da un punto di vista accademico, è divenuta una intollerabile disparizione di conoscenze.

4. Specialità e *ratio* dell'istruttoria nella tradizione del processo amministrativo.

La specialità, mera convenzione cui per comodità ci atterremo ([83]), o, come più esattamente dovrebbe dirsi, l'ordinaria diversità ([84]) della nostra giustizia amministrativa, figlia della tradizione francese ([85]), è facilmente ravvisabile anche nei riguardi dell'istruttoria ([86]), né c'è da sorprendersi poiché, come è ovvio,

([83]) Di recente, C. Debbasch, *Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun?*, in *Mélanges René Chapus*, Paris,1992, 127: «Ciascuno concorda oggi nel riconoscere che non si può parlare del diritto amministrativo come di un diritto derogatorio al diritto comune che per comodità di linguaggio», poiché «il diritto privato non è più diritto comune del diritto amministrativo».

([84]) Vale la pena di ricordare che l'idea che il giudice amministrativo sia il «giudice ordinario» nel suo ambito di giurisdizione, come ci dice Mario Nigro nel suo manuale di giustizia amministrativa, non è affatto una novità, ma è ben presente nella dottrina tradizionale: già, ad es., A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904, 865, evidenzia, da un lato, che «in nessun caso può dirsi che la giurisdizione amministrativa sia straordinaria, eccezionale o privilegiata», né essa esprime «un privilegio dell'amministrazione; in quanto è della sua essenza guarentire, mediante l'indipendenza dei giudici e l'osservanza dei termini e delle forme procedurali, in egual misura il diritto delle parti in causa», e, d'altro lato, che tale giurisdizione può avere carattere «speciale», quando si adotti il sistema della «enumerazione» delle competenze, o carattere «generale», come è avvenuto con la legge Crispi, «quando, con una norma generale di diritto, si è accordato dalle leggi la facoltà di domandare al giudice amministrativo l'annullamento degli atti amministrativi illegali, o di talune categorie di essi».

([85]) M. Mazzamuto, *The Formation of the Italian Administrative Justice System,* cit., 282 ss.

([86]) L. Raggi, *op. cit.*, 180, evidenzia, riguardo all'istruttoria, la «inesatta impostazione della questione, in quanto si considera la procedura civile come comune e le leggi sul C. di S. e la G. P. A. come leggi speciali».

i tratti dell'istruttoria, che è un importante crocevia del processo, riflettono i caratteri che nel complesso segnano un determinato sistema di giustizia (87).

Significativo è al riguardo evocare quanto già ci rappresentavano i *patres* della nostra disciplina.

All'epoca potevano esservi dei distinguo sulla possibilità o meno di ricorrere alla disciplina processualcivilistica e, in caso positivo, a quali condizioni, ma sempre sul condiviso presupposto della specialità o diversità del processo amministrativo.

Così il nostro *magister magistrorum*, Vittorio Emanuele Orlando (88), pur affermando che in linea di principio sia applicabile «il diritto comune tutte le volte che: 1.° non si abbia un'apposta disposizione della legge speciale; 2.° che esso sia compatibile con la speciale materia da questo regolato», ritiene che nell'istruttoria del processo amministrativo italiano operi una «disposizione speciale» (89) che regola «tutta la materia delle prove», ad esclusione quindi della disciplina del diritto comune giudiziario. Questa completezza deriverebbe dal fatto che per l'intervento officioso è

(87) G. DALLARI, *op. cit.*, 65-66: «la determinazione del fatto si compie coi mezzi di prova, il cui sistema è naturalmente appropriato al giudizio cui deve servire. (…). Certo è che la materia dei giudizi, la natura e l'estensione delle competenze che nel giudizio si svolgono, hanno un diretto legame col sistema probatorio: questo si plasma, rispetto all'attività del giudice e delle parti non meno che nella sua struttura intima, in relazione alla materia e alla finalità del giudizio, come in relazione all'ordinamento e alla portata delle competenze».

Di recente, rispetto *mutatis mutandis* al tema dei motivi di ricorso, M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V, 17: «Ogni problema c. d. tecnico finisce per aprire delle grosse prospettive sul terreno dei principi e degli orientamenti di fondo», sicché «nel motivo di ricorso si concentrano e riassumono l'intera vita del processo amministrativo, i suoi limiti, i suoi scopi, la sua natura».

(88) Nel prosieguo gli argomenti del Maestro sono principalmente tratti da V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, VIII, 2, 1895-98, 942 ss. e ID., *La giustizia amministrativa*, cit., 813 ss. e 1019 ss.

(89) «Se la sezione riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all'Amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all'Amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti» (art. 37 r.d. n. 6166/1889; nonché v. l. n. 62/1907, con l'eliminazione dell'inciso «quando ne sia il caso»).

sufficiente che il giudice ritenga l'istruzione «incompleta», sicché tale possibilità d'intervento è concepita così «largamente da abbracciare il bisogno di qualsiasi prova eventuale, che sorga per completare la istruzione». Occorre al riguardo anche considerare che, secondo il Maestro, per le prove semplici, come ad es. la testimonianza o la perizia, suppliscono le verificazioni, previste dalla legge con espressione «larga» e «comprensiva», sicché siffatta disciplina speciale delle prove «in un certo senso le esclude tutte», perché quelle giudiziarie si formano dinanzi al giudice o per suo diretto incarico, mentre qui sono rimesse alla p.a., ma «in senso improprio», attraverso la verificazione, le ammette «tutte», fermo restando il divieto di prove legali, come ad es. il giuramento (90).

Né mancavano posizioni volte a puntellare in modo più marcato l'autonomia del sistema giuspubblicistico non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale. È il caso di Santi Romano, che confina l'applicabilità del diritto giudiziario comune ai soli principii generali (non diversamente dall'odierno codice del processo amministrativo per come interpretato dall'Adunanza plenaria (91)) dei quali relativizza la provenienza civilistica, se non come primato temporale, ricordando che «una serie abbastanza numerosa ed importante di principii non esclusivi al diritto giudiziario dei tribunali civili, ma comune ad ogni diritto giudiziario, ha avuto in esso occasionale e tradizionale sede», sicché «solo in questo senso e limitatamente a tali principii generali, il diritto che regola il procedimento dei tribunali civili può dirsi comune, in contrapposto al diritto che regola il procedimento delle giurisdizioni amministrative» (92), né l'eventuale utilizzo di istituti comuni tratti dal diritto privato significa che con ciò si passi

(90) Ancora negli anni Cinquanta, ci dà contezza, nei giudizi di legittimità, dell'uso giurisprudenziale della testimonianza nell'ambito delle verificazioni, A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 385.

(91) Cons. Stato, Ad. Plen., 2 ottobre 2025, n. 11: «i criteri della compatibilità e della natura di principio generale sono, a ben vedere, un'endiadi».

(92) S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato*, cit, vol. III, 615 ss.

dal diritto pubblico al diritto privato (93). O ancora, in Francia, è il caso di Maurice Hauriou, che, in modo ancor più tranciante, esclude ogni funzione integrativa del diritto processuale civile, venendo le lacune colmate dall'attitudine pretoria dello stesso giudice amministrativo, e ammette al più che, ove tale giudice evochi previsioni processualcivilistiche, non è tenuto ad un loro testuale applicazione (94).

Per nostra parte, ci appare senz'altro preferibile l'opzione francese. Ma anche a voler seguire l'idea di istituti comuni, all'occasione rintracciabili in fonti privatistiche, se ne dovrebbero comunque trarre le seguenti conseguenze: si può dire di più della considerazione che il loro utilizzo non significhi che si passi da un diritto all'altro, ritenendo, in modo più tranciante, che un qualsivoglia principio, o persino una qualsivoglia regola, quale che ne sia la fonte di origine (foss'anche il codice civile o di procedura civile), è di diritto pubblico se applicato in un rapporto di diritto pubblico e di diritto privato se applicato in un rapporto di diritto privato; un medesimo istituto, come si è già detto, risuona diversamente a seconda dell'ambientazione sistematica nel quale, di volta in volta, viene a collocarsi, sicché è del tutto naturale che,

(93) F. Cammeo, *Corso*, cit.,48: «Questi istituti comuni, disciplinati in occasione del diritto privato e nelle leggi relative, sono elaborati nella dottrina di questo, perché è il primo diritto giunto a perfezione. Tuttavia, per il fatto che, in tema di diritto pubblico e in difetto di norme speciali di esso che questi istituti disciplinino, si deve andarne a ricercare l'ordinamento nel diritto privato, sarebbe errore pensare che si passi dall'un diritto all'altro: si utilizzano soltanto istituti comuni, ricercandoli dove già sono regolati».

(94) M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 5ª ed., Parigi, 1903, 836: «Questa procedura è distinta dalla procedura civile, essa ha una genìa sua propria e si sviluppa in modo indipendente. Allorché i testi che la regolamentano sono insufficienti, appartiene al giudice amministrativo stesso di formulare le regole. (…) E se, in questa opera pretoria, il giudice deve ispirarsi a dei principi di equità sui quali riposano talune disposizioni del Codice di procedura civile, non è tenuto ad applicare testualmente tali disposizioni». Vi erano anche posizioni del tutto minoritarie, favorevoli ad un avvicinamento alla procedura civile, come nel caso di R. Jacqueline, *L'évolution de la procédure administrative*, in *Revue du droit public*, 1903, 5 ss., per il quale il codice «è applicabile alla procedura amministrativa nel silenzio della legge, e a meno di un testo contrario», criticando anche il «temperamento», nell'orientamento dominante, che rimette la desiderabilità o meno dell'applicabilità del codice al giudice amministrativo in luogo di una applicazione «pura e semplice».

come in sostanza indicato da Hauriou, il giudice amministrativo ne moduli l'atteggiarsi in conformità ai principi del sistema di appartenenza.

Ovviamente poco senso avrebbe parlare di specialità, se non fossero ravvisabili i *contenuti* di siffatta specialità.

Di ciò ci dà già qualche contezza Orlando: così, ad es., riguardo alle prove precostituite, si ravvisano «parecchie deroghe al diritto giudiziario comune» e «diversi principii». La legge infatti «autorizza la IV Sezione a curare essa il completamento della istruzione per documenti» e «autorizza la richiesta di documenti all'amministrazione stessa che dovrà produrli anche quando ciò torni in suo svantaggio» (95) in deroga al principio del *nemo tenetur edere contra se*.

Nel 1904 Antonio Salandra evidenzia, in chiave comparata, tra i caratteri comuni del contenzioso amministrativo, che «l'istruzione è diretta dal giudice», il quale «non ha il dovere di giudicare *secundum allegata*», e che «prevale sul tipo della procedura *accusatoria* quello della procedura *inquisitoria*» (96). Parimenti, per la Francia, sempre Hauriou sottolinea che «per i suoi caratteri generali, la procedura amministrativa si distingue profondamente dalla procedura civile; essa appartiene, come la nostra procedura criminale, al tipo della procedura inquisitoria dove l'istruzione dell'affare è fatta dal giudice, mentre la procedura civile si rifà al tipo della procedura accusatoria, dove l'istruttoria è fatta dalla parti stesse senza il concorso del giudice» (97).

Nel 1910, Luigi Raggi, con un'articolata disamina, afferma: che «sarà possibile al giudice anche prendere cognizione d'un fatto non allegato dalle parti», sebbene con il limite del «principio inderogabile della corrispondenza assoluta fra il chiesto dalle

(95) V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 1022. Nel testo della seconda edizione del III volume del *Trattato* del 1907 si dice invece «vantaggio», ma si tratta di un mero *lapsus* della stampa, tanto che nell'identico passaggio sia della prima edizione, qui citata, sia della precedente voce *Contenzioso amministrativo*, si legge, come è logico del resto nel tessuto dell'argomentazione, «svantaggio».

(96) A. SALANDRA, *op. cit.*, 855.

(97) M. HAURIOU, *op. loc. cit.*

parti e il pronunciato dal giudice» (98); che, diversamente dall'opinione diffusa (come quella di Cammeo: v. *infra*) per la quale in un sistema inquisitorio non si pone il problema dell'onere della prova e del suo riparto, la differenza di questo sistema con quello dispositivo sarebbe «quantitativa» e non qualitativa, nel senso che, nel processo amministrativo, «l'onere di affermazione e di prova non è completo ed esteso come nel processo civile», ma rimarrebbe pur sempre integro nella parte in cui si deve «provare quanto è necessario per porre in movimento il potere istruttorio del giudice», sicché «l'iniziativa del giudice in materia di prove è sempre una iniziativa (direm così) di secondo grado: egli non ordina prove d'ufficio se dalle parti non gli vengono forniti *elementi* per procedere a tali ordinazioni»; che nei processi amministrativi «i residui del sistema della prova legale sono ancora minori che nel processo civile», sicché «il principio della libera convinzione si è in essi realizzato con maggiore interezza che nel processo civile»; che tali processi sono «maggiormente intonati allo scopo del raggiungimento della scoperta della verità di fatto, che non il processo civile», in quanto per il «giudice amministrativo, che non per il giudice civile» è «data la possibilità competentegli d'indagare lo stato di fatto con mezzi da lui ordinati anche oltre e contro le affermazioni concordi delle parti in causa» (99).

La disamina dei *patres* sulla specialità può concludersi, senza pretesa di completezza, con una sintetica, quanto preziosa, nota a sentenza di Federico Cammeo del 1916, ove tale specialità appare vivamente marcata, il che è tanto più significativo se si considera che Egli fu allievo di Ludovico Mortara, cioè di uno dei *patres* della nostra dottrina processualcivilistica (100).

Si afferma che «l'ordinamento delle prove è imperniato dinanzi alle giurisdizioni amministrative su due principi: quel-

(98) Anche in seguito, parimenti, G. DALLARI, o*p. cit.*, 100, con riferimenti giurisprudenziali.

(99) L. RAGGI, *op. cit.*, *passim*.

(100) F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, III, 102 ss.

lo dell'assoluto libero convincimento del giudice e quello della prova di ufficio e non a proposizione di parte», il che si traduce in una «differenza importante fra la procedura amministrativa e quella civile, nella quale ultima molte sono le limitazioni legali al libero convincimento del giudice e, con qualche eccezione secondaria, le prove sono proposte ad iniziativa della parte interessata». Cammeo trova semmai, come Hauriou, delle similitudini col processo penale, e non caso nella dottrina si era pure ritenuto che, ai fini dell'applicazione di disposizioni in via analogica, occorresse guardare anche alla procedura penale ([101]).

Tale è la portata del libero convincimento che persino di fronte alla presunzione legale «più importante» nel processo amministrativo, ossìa la «verità dei fatti posti a base del suo provvedimento dall'autorità pubblica», Cammeo afferma che tale presunzione non costituisca un vincolo per il giudice. La stessa presunzione sussisterebbe peraltro anche nel processo civile per i «fatti esistenti a favore del convenuto» ma con la differenza che, in tale processo, vi è «l'obbligo dell'attore di provare la falsità dei fatti stessi» e, qualora tale obbligo non è adempiuto, si applica la massima *actor non probante reus absolvitur*.

Primeggia poi il potere officioso del giudice, tanto che, secondo quella diffusa opinione criticata da Raggi, «non può parlarsi dinanzi alle sezioni giurisdizionali di onere della prova». Ove vige tale onere «occorre che il legislatore (…) designi su quale delle parti gravi l'onere», ma «quando è il giudice che dispone la prova d'ufficio non vi può essere né onere della prova né ripartizione

([101]) L. RAGGI, *op. cit.*, 179, nota: «non v'ha motivo per considerare come procedura comune la procedura civile. Anche per l'applicazione dell'analogia bisogna tener conto di una procedura generale importantissima, la procedura penale, che ha per obietto appunto le norme che regolano l'esperimento di un'azione esercitata per conto dello Stato contro i privati». Raggi cita in tal senso MAYER, *op. cit*, 219, che, in effetti, afferma che la giustizia criminale può servire da modello con riferimento ai casi in cui la giustizia amministrativa non sia sollecitata dalla domanda di un privato, bensì «proceda anche d'ufficio o — il che non ne differisce essenzialmente — su richiesta di un rappresentante dell'interesse pubblico».

Anche di recente G. ABBAMONTE, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo,* in *Dir. proc. amm.,* 2004, 315 ss.

dell'onere fra le varie parti, perché ciascuna può avere vittoria in virtù di una prova ordinata dal giudice anche se non l'ha chiesta, e comunque il giudice può sempre designare di volta in volta (p. es. nell'ordinare l'esibizione di documenti), su chi l'onere stesso venga a gravare» ([102]). Solo subordinatamente, anche a voler invece ritenere che sul ricorrente gravi un onere, tale onere «non concerne tanto la prova completa della erroneità dei fatti posti a luce dal provvedimento (…), quanto la prova preliminare degli indizi (principio di prova)» ([103]), il che, nella sostanza, non appare tanto diverso da quel pieno onere di provare i soli «elementi» idonei a porre in movimento il potere istruttorio del giudice di cui parla Raggi, per quanto Cammeo sembra essere ancor meno rigoroso a favore del cittadino, quando arriva a puntualizzare tale onere anche nei soli termini di mostrare «l'inverosimiglianza dei fatti dedotti dell'amministrazione e la verosimiglianza e opportunità della prova».

I *patres* ci offrono al contempo la *ratio* di tale specialità e in un'inequivoca direzione, precipitato naturale della nostra gloriosa giuspubblicistica liberale che ben aveva compreso il superiore valore di garanzia della giustizia amministrativa.

È ancora Orlando, nel *Trattato*, a darcene l'essenza. A proposito del fatto che con la richiesta di documenti l'amministrazione

([102]) Ad es., Cons. Stato, 4 marzo 1927, n. 109, in *Riv. dir. pubb*., 1927, II, 142: «mentre incombe all'impiegato l'obbligo di giustificare le sue assenze, nei limiti, s'intende, della possibilità di farlo adeguatamente (ad esempio, nei casi di malattia con certificati medici), l'Amministrazione ha un solo modo per non credere ai motivi giustificanti le assenze: di opporre prove a prove, cioè, nel caso di addotta infermità, di procedere mediante visita sanitaria fiscale all'accertamento della verità. Non può presumere l'inesistenza della malattia nonostante. che il comportamento del suo dipendente, nel passato, faccia dubitare che il motivo di malattia sia un mero pretesto, poiché in materia in cui è in giuoco l'avvenire di un impiegato, non si può dall'Amministrazione procedere per semplici indizi o presunzioni, ma deve per l'accertamento della verità adoperarsi l'unico mezzo idoneo e congruo, che nel caso di addotte infermità è quello della visita sanitaria fiscale».

([103]) Sul seguito giurisprudenziale del criterio del principio di prova, ad es., Cons. Stato, 28 aprile 1916, n 1561, in *Giust. amm*., 1916, I, 108, statuisce, in materia elettorale, come «inattendibili le accuse di violenze, di corruzioni e di brogli, quando di esse non risulti neppure un principio di prova»; o Cons. Stato, 2 maggio 1930, n. 256, in *Riv. dir. pubb*., 1930, II, 244: che rigetta il ricorso poiché «il ricorrente non ha presentato alcun principio di prova a conforto dell'eccesso di potere».

possa essere anche tenuta ad *edere contra se*, si afferma che «giustizia vuole (…) che si riconosca che una tale deroga ai principi generali sulle prove torna a vantaggio della ragione del privato ricorrente: il che costituisce un certo contrappeso» ad altre «specialità, (…) le quali si risolvono in uno svantaggio per il privato medesimo» (104).

Ma anche in Cammeo è palese la *ratio* garantista della specialità. Si ipotizza, come si è visto, l'assenza *tout court* dell'onere della prova, di cui beneficia massimamente il ricorrente, che è l'attore, e, in via subordinata, si delimita significativamente l'onere del ricorrente al solo «principio di prova» (se non alla sola rappresentazione di verosimiglianza o inverosimiglianza dei fatti), così come in Raggi questo onere riguarda solo gli «elementi», né più né meno, per gli amanti dell'esegesi, degli «elementi di prova» richiesti oggi dal codice (art. 64, comma 1, c.p.a.).

5. Il giudice pretore signore della prova e signore del giudizio. Il bilanciamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato e l'elasticità in funzione della tutela.

Un'eccellente fotografia dello stato dell'arte tra gli anni sSssanta e Settanta del XX sec. ce la offre il già citato contributo di Mario Nigro del 1967 (105), mentre assai discutibile è, come vedremo, la parte propositiva.

Questo contributo è, nel metodo, tanto più apprezzabile, se si considera che esso riprende pienamente il terreno del confronto con il modello francese e nel segno della sostanziale comunanza — aggiungeremmo, niente affatto casuale — dei rispettivi percorsi di giustizia amministrativa (106). La stessa formula di sintesi

(104) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 1022.

(105) M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 1967, 9 ss., *passim*.

Si cerca così anche di raccogliere l'invito di Villata, *op. cit.*, 199, nota, per il quale le notazioni del suddetto contributo «non sono sempre state, a mio avviso, in ogni occasione oggetto di adeguato studio».

(106) M. Nigro, *op. ult. cit.*, 11: la giurisprudenza italiana «se non si sopravvalutino anche qui differenze marginali o di tono e il più frequente ricorso da parte del nostro

del giudice amministrativo come «signore della prova» è tratta dalle conclusioni del commissario del governo Letourneur nel caso *Barel* del 1954 («*le juge administratif dirige l'instruction lui-même; il en est maître*») (107).

La realtà giurisprudenziale che si rappresenta sembra decisamente avvicinarsi alle prospettazioni offerte mezzo secolo prima da Cammeo.

Il ricorrente è onerato dal «principio di prova», ma il giudice si accontenta al riguardo di «elementi alquanto tenui», e si va anche oltre (come era nel criterio della verosimiglianza pure auspicato di Cammeo), essendo persino sufficiente la «pura e semplice affermazione della esistenza di un fatto», purché la ricostruzione storica offerta appaia «attendibile» (108).

Superata questa «primissima delibazione» il giudice «procede verso la soluzione della controversia con i più ampi poteri istruttori e le più libere possibilità di valutazione».

Già in questa fase può emergere il rilievo del libero convincimento, poiché il giudice potrebbe da subito ritenere di accogliere il ricorso anche soltanto sulla base del principio di prova o invece rigettarlo perché valuta poco attendibili gli indizi offerti rispetto a quanto già puntualmente affermato dall'amministrazione.

O ancora il giudice potrebbe diversamente attivare i poteri officiosi, sicché, secondo la nostra giurisprudenza e come indicato da Cammeo, il giudice ha «il potere d'influire sulla stessa ripartizione dell'onere della prova, attribuendolo con carattere di novità a quella parte (e, in genere, è la pubblica amministrazione) che egli ritenga possa più facilmente permettergli di superare la situazione d'incertezza» (109). E che si tratti «in genere» dell'am-

giudice all'efficacia coagulante di principi generali (onere del principio di prova, dovere di collaborazione delle parti, potere del giudice di ripartire l'onere della prova, ecc.), non sembra muoversi su linee diverse da quelle che governano la giurisprudenza francese».

(107) M. Letourneur, in *Revue du droit public*, 1954, 522.

(108) M. Nigro, *op. ult. cit.*, 12, cita sul punto, ritenendolo rappresentativo degli orientamenti giurisprudenziali, E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*, cit.,1085.

(109) V. già Sandulli, *op. cit.*, 383, che cita Cons. Stato, IV, 27 giugno 1946, n. 256, in *Foro amm.*, 1946, I, 2, 237.

ministrazione conferma la *ratio* garantista che ancora informa l'operato della giurisprudenza.

In caso di non collaborazione dell'amministrazione il giudice potrebbe ritenere provati i fatti affermati dal ricorrente, ma, secondo la prevalente giurisprudenza, sempre nel segno del libero convincimento, non è obbligato in tal senso.

In definitiva, se nel sistema francese «non può esserci evidentemente altra regola di giudizio che quella del libero convincimento del giudice», non diversamente, in quello italiano, come anche prefigurato da Cammeo, «si riceve netta la sensazione che, per il nostro giudice amministrativo, la regola di giudizio del libero convincimento sia il fatale sbocco della logica globale del sistema istruttorio da esso elaborato. Dal momento che il giudice non è vincolato da un onere originario o legale della prova; che esso è libero nello stabilire se vi è un principio di prova, o nel distribuire l'onere della prova; parimenti libero esso si ritiene nel valutare i risultati delle sue precedenti decisioni e valutazioni».

Ma Nigro non si ferma qui e allarga lo sguardo sistematico alla tradizione pretoria della giustizia amministrativa. La signoria della prova non si collega soltanto alla necessità di riequilibrare la diseguaglianza sostanziale delle parti sul piano probatorio, bensì, come si è visto, anche al fatto che si tratta di «un logico accessorio della funzione inventiva propria del giudice amministrativo sia sul terreno della individuazione (che è spesso creazione) delle situazioni giuridiche, sia sul terreno della stessa formazione della regola giuridica. In questa duplice veste, esso giudice è uno dei produttori del diritto amministrativo, anzi il più importante», sicché il giudice amministrativo non è soltanto il signore della prova, ma «sostanzialmente nega l'esistenza di una regola obiettiva di giudizio, rimettendo lo scioglimento dell'incertezza residua al libero convincimento del giudice».

Ci sembra così che il giudice amministrativo non sia tanto signore del giudizio in quanto signore della prova, bensì soprattutto che sia signore della prova in quanto signore del giudizio, il che fa facilmente comprendere come l'argomento della compensazio-

ne della diseguaglianza non si esaurisca nella sola dinamica della disponibilità della prova, ma investa l'intero processo.

Nel 1974, lo stesso Nigro ([110]), sempre nella convergente comparazione con l'esperienza francese, conferma l'attitudine pretoria, ravvisando, sulla scorta della dottrina francese e dei modelli della retorica aristotelica ([111]), «la maggior familiarità del giudice amministrativo con il ragionamento per entimema (un tipo di ragionamento sillogistico in cui la premessa maggiore non è esplicitata)» e «il largo ricorso al ragionamento finalistico», attento cioè alle conseguenze della decisione.

Questa veste pretoria non è riferita soltanto all'attitudine creativa, ma anche al rapporto con le leggi amministrative, cioè con un «mostruoso agglomerato di precetti — monchi, contraddittori, oscuri, male scritti e peggio raccordati, pieni di grossolani sbagli e di sconcertanti fraintendimenti», tanto che «mentre diventa umoristica la ricerca, per l'interpretazione, della volontà del legislatore, l'identificazione della regola vigente finisce per spettare unicamente al giudice amministrativo e questa identificazione innegabilmente è, nella perplessità e polivalenza dei precetti scritti, vera e propria creazione della regola», o, per usare le parole della dottrina francese ([112]), «in diritto amministrativo le regole suscettibili di costituire la premessa maggiore del sillogismo non hanno né la coerenza logica né la precisazione delle regole di diritto privato». È così — continua Nigro — che il giudice amministrativo, in confronto al giudice ordinario, ha maturato una «maggiore indipendenza (…) rispetto alla norma scritta», anche alimentata dalla «conoscenza diretta» che ha dell'amministrazione, sicché «sente di saperne di più del legislatore» e appunto «non ha quindi alcun timore reverenziale di fronte alla norma scritta» ([113]).

([110]) M. Nigro, *Il Consiglio di Stato, giudice e amministratore (aspretti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, specie 1387 ss.

([111]) Y. Gaudamet, *Les méthodes du juge administratif*, Parigi, 1972, 59.

([112]) Y. Gaudamet, *op. cit.*, 92.

([113]) È ben curioso che un nostro storico del diritto amministrativo, B. Sordi, *Il tem-*

Nel 1975, nell'ambito di una disamina sui motivi di ricorso, Nigro si dichiara «convinto che l'impianto e il corso del processo amministrativo debbano essere guidati da tecniche più elastiche, tecniche che consentano la maggiore possibile aderenza del processo alle situazioni concrete, la cui realizzazione o protezione è il fine reale di esso sia nell'interesse del privato sia in quello della pubblica amministrazione» (114).

Ancora nel 1978, con un'altra eccellente fotografia, che merita di essere largamente richiamata, si afferma che «il giudice amministrativo, per sua intima natura, si è posto (e si pone) come un giudice non meramente ricognitivo, ma attivo, creativo; non un semplice reintegratore di un ordine violato, ma un costruttore, un coautore dell'ordine», risolvendo «conflitti sociali, anche se sono conflitti di natura particolare, perché portatore di uno degli interessi in conflitto è la pubblica amministrazione»; «non trova — o non trova sempre e, in ogni caso, non trova in quella che è la sua funzione più tipica — un ordine normativo preesistente»; «il giudice amministrativo sindaca l'eccesso di potere, crea, all'atto stesso che ne riscontra la violazione, il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione amministrativa. È il giudice, anzi, che stabilisce l'ambito della legalità e definisce il confine fra legittimità e merito dell'azione amministrativa: è esso che, come sappiamo, ha progressivamente spostato questo confine nel senso di ampliare il territorio della legittimità. Ogni volta che giudica, il giudice amministrativo identifica *ex novo* il confine e, se questa operazione, per l'accumulo dei dati giurisprudenziali, è spesso ripetitiva e applicativa, nessuno e nulla impedisce al giudice amministrativo di avanzare o di rinculare nel caso concreto rispetto alla linea precedente di confine (la pratica è piena di questi eventi): nessun principio analogo alla regola del precedente vincola il giudice amministrativo alla propria giurisprudenza»; «l'ordine normativo, che il giudice amministrati-

po e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica, in *Quaderni fiorentini*, 2003, 357, affermi che «esaurita la fase ottocentesca di fondazione, le norme amministrative si contraddistinguono anzi per una notevole stabilità».

(114) M. Nigro, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit, 17.

vo pur considera per il controllo dell'uso del potere discrezionale, è necessariamente il più ampio e flessibile: comprende sì leggi e regolamenti in senso proprio, ma anche principi generali, indirizzi, programmi, atti generali, massime d'esperienze, ecc., un insieme cioè di figure che 'mediano' fra la norma e il caso concreto e creano un continuum fra diritto e fatto. È chiaro che, in quest'opera, l'apporto del giudice amministrativo all'individuazione dei c.d. valori di giustizia è decisivo» (115).

Tutto quanto rappresentato da Nigro è di grande importanza, poiché è da questa storia e dalle peculiarità della giustizia amministrativa e in generale dal sistema giuspubblicistico che dovrebbe partire ogni ragionamento, invece di dedicarsi, come oggi si fa normalmente, a ricostruzioni generaliste del rapporto tra legge e giurisdizione senza aggettivazioni.

Ciò che però sorprendentemente manca nei contributi di Nigro è che quanto ancora rilevato in quegli anni trovava già chiaro riscontro nella tradizione ottocentesca, ivi compresi i *patres* di quella italiana (del tutto ignorati!), che si tratti della natura pretoria della giustizia amministrativa, della peculiarità delle leggi amministrative e della connessione fra questi due caratteri. Non ci pare francamente che, nonostante l'indubbia qualità del giurista, sia questo un esercizio esemplare del metodo accademico, che per definizione esige una conoscenza della tradizione disciplinare, difetto purtroppo quantomai diffuso nella dottrina di questi ultimi cinquant'anni.

Già nel 1818 Cormenin osservava che le leggi amministrative sono «così variabili per loro natura e così subordinate ai bisogni dell'amministrazione», tingendosi del «colore dei diversi Governi» e dando luogo ad «una folla di leggi sanguinose, mostruose, fiscali, indigeribili, confusamente accumulate nel contenitore del bollettino», sicché «la giurisprudenza ha dappertutto esplicato, commentato, rimpiazzato la legge» (116). Se il mito delle XII Tavo-

(115) M. Nigro, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it*., 1978, V, 166 ss.

(116) L. M. Cormenin, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Parigi, 1818, 229-230. Alla stessa stregua,

le ha alimentato l'idea che la norma scritta è garanzia di maggiore certezza e prevedibilità, nel diritto amministrativo vale l'opposto, poiché tale certezza è assicurata dai principi del giudice pretore e non dalla deriva caotica del legislatore: «la giurisprudenza del *Conseil d'État*. Questa è la fonte più abbondante e più sicura del diritto amministrativo» (117).

Né al riguardo è stato di ostacolo che il giudice amministrativo non fosse vincolato, come il giudice di *common law*, dallo *stare decisis* del precedente, poiché, come ricorda Laferrière, «le deduzioni giuridiche che motivano le decisioni del *Conseil d'État* sono tanto meno mutevoli, in quanto che esse sono sempre ispirate da un grande rispetto dei *precedenti* ed hanno per loro base, quando i testi mancano, i principi tradizionali, scritti o non scritti, del nostro diritto pubblico e amministrativo» (118), tanto che, secondo Orlando, «l'autorità della giurisprudenza può arrivare, indirettamente e condizionatamente, a costituire una fonte del diritto in senso proprio, in quanto cioè le massime da essa stabilite costituiscono, per la loro costante ripetizione, una specie di diritto consuetudinario» (119).

È un modello giuridico tutto affatto peculiare ove migliaia di fonti scritte, sia in relazione all'espandersi dei molteplici compiti pubblici, sia in relazione all'articolarsi di tali fonti (non solo leggi, ma anche fonti secondarie e terziarie (120)), convivono col

citando Cormenin, L. A. Macarel, *Éléments de jurisprudence administrative extraits des décisions rendues, par le Conseil d'État, en matiere contentieuse*, vol. I, Parigi,1818, VII: «le leggi amministrative (…) sono, per la maggior parte, oscure, incomplete, confuse da dettagli e da disposizioni accidentali e transitorie».

(117) Già M. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. I, Parigi, 1842, IV.

(118) É. Laferrière, *op. cit.*, I, IX.

(119) V.E. Orlando, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Primo trattato*, vol. I, cit., 1052, precisando però, più puntualmente, che «tale autorità è indiretta, perché non la giurisprudenza ma la consuetudine sarebbe in tal caso la fonte del diritto», non potendosi «far sì che la giurisprudenza sia annoverata tra le fonti del diritto, nel senso rigoroso da noi determinato».

(120) Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 684.

giudice pretore. Potrebbe sembrare una coesistenza contraddittoria, ma che nella tradizione aveva invero un suo funzionale punto di equilibrio: il giudice pretore era l'inventore e il *dominus* della parte generale, mentre il legislatore era confinato alle parti speciali. Al contempo il giudice pretore si atteggiava a garante della coerenza del sistema, riconducendo, all'occorrenza in modo anche manipolatorio, la lettera delle scomposte previsioni del diritto amministrativo speciale ai propri principi. In tal senso, in altre occasioni, si è ipotizzato che si tratti di un *tertium genus* di produzione giuridica, non assimilabile né al modello di *civil law*, né a quello di *common law* (121).

Non deve così sorprendere che il Consiglio di Stato fosse stato paragonato al pretore romano: il *Conseil d'État* è una «giurisdizione di equità» (122); «la giurisdizione amministrativa è essenzialmente pretoria» (123); «È curioso non meno che istruttivo il notare questa coincidenza fra lo sviluppo del diritto amministrativo e quello del diritto romano. In questo come in quello, l'elemento poderoso di progresso è l'esercizio della giurisdizione; in questo come in quello, l'autorità del magistrato non si limita ad applicare il diritto, ma ne costituisce la *viva vox*» (124); «la competenza di annullamento, in via di contenzioso amministrativo, può attuarsi in un campo più largo di quello della legalità in senso formalmente rigoroso. Si deve alla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese una tale concezione più larga, che può suggerire alcuni confronti con l'*aequitas* romana» (125); «Il ruolo svolto

(121) Si consenta un rimando a M. Mazzamuto, *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2022, 167, on line open access; Id., *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in AIPDA, *Annuario 2014. L'incertezza delle* regole, Napoli, 2015, 295; Id. *I principi costitutivi del diritto amministrativo*, cit., 463, specie l'ultimo paragrafo sulla diversa *forma mentis* del giudice amministrativo nell'interpretazione delle leggi.

(122) L. Aucoc, in *Annales des ponts et chaussées*, 1865, 367.

(123) M. Hauriou, nota a *Conseil d'État*, 13 décembre 1889 Cadot, in *S. (Sirey),* 1892, 3, 17, nonché ora in *Revue générale du droit on line*, 2014.

(124) V.E. Orlando, *Le teorie fondamentali*, cit., 45.

(125) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 665.

dal Consiglio di Stato francese e dai giuristi francesi esperti di diritto pubblico può certamente essere paragonato, e non sfavorevolmente, a quello del pretore romano e dei *iurisprudentes*» (126).

Non deve sorprendere altresì che il diritto amministrativo, proprio per la mutevolezza e la scompostezza delle sue leggi, si riteneva non potesse prestarsi alla codificazione, intesa come momento sistematico di stabilizzazione di principi e istituti: «Il Diritto civile, commerciale, penale è codificato, il Diritto amministrativo non lo è, ed è dubbio che lo possa essere» (127); «il diritto pubblico non si codifica, non solo per la ragione, gravissima certo, ma di indole transitoria, della poca elaborazione che esso ha avuto, ma soprattutto perché l'indole medesima di quei rapporti non si presta non che ad una codificazione, spesso neanche ad una dichiarazione legislativa» (128); tre sono le caratteristiche delle leggi amministrative, «l'estrema diversità del suo oggetto, la grande mobilità delle disposizioni che le mettono in opera, l'assenza di codificazione» (129).

Ancora negli anni Cinquanta Guido Zanobini osservava che la questione della codificazione «fu un tempo molto discussa e non soltanto nei riguardi dell'ordinamento italiano» e «può ormai considerarsi pacificamente risolta in senso negativo». L'ostacolo starebbe appunto nella «continua instabilità di disposizioni» che «è un carattere ineliminabile del diritto amministrativo», sicché tutt'al più si potrebbe ipotizzare un codice limitato all'enunciazione di principi generali, che non dovrebbero essere «esposti alle continue modificazioni» (130).

(126) L. Duguit, *The French Administrative Courts*, in *Political Science Quarterly*, 1914, 407.

(127) É. Laferrière, *op. cit.*, I, VII.

(128) V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, 1889, ora in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 18.

(129) H. Berthelemy, *La méthode applicable à l'étude du droit administratif*, in *Les méthodes juridiques: leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, a cura di F. Larnaude e altri, Parigi, 1911, 63.

(130) G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I, 45-46.

Né deve sorprendere che, in un siffatto quadro, la funzione pretoria non si esprimesse soltanto nella creazione della parte generale e nel colmare gli eventuali silenzi legislativi, bensì non meno in un rapporto tra il giudice e la legge segnato da un'ampia e correttiva disinvoltura interpretativa, ben lungi dalla tradizione di un giudice civile che si confronta con le lapidi della codificazione: «Per il Diritto codificato, l'esegesi dei testi è il metodo dominante, e la giurisprudenza può essere solo un ausiliario; per il Diritto amministrativo, è il contrario; l'abbondanza dei testi, la diversità delle loro fonti, la scarsa armonia che spesso hanno tra loro, rischiano di confondere il commentatore che vorrebbe applicarvi gli stessi metodi del Diritto codificato. La giurisprudenza è qui la vera fonte della dottrina, perché solo essa può far emergere i principi permanenti dalle disposizioni contingenti in cui sono racchiusi, stabilire una gerarchia tra i testi, rimediare al loro silenzio, alla loro oscurità o alla loro insufficienza, ricorrendo ai principi generali del Diritto o all'equità» (131); «l'osservazione della grande mutabilità ed instabilità delle leggi amministrative è comune agli scrittori di tutte le nazioni» e «la cattiva — e sempre peggiorante — redazione delle leggi amministrative è un fatto così rilevante che finisce quasi col costituire un elemento di interpretazione delle leggi stesse» (132); «la più profonda differenza fra il diritto pubblico e il diritto privato: differenza che comincia con essere di metodo e finisce con essere di contenuto», sta nel fatto che se «la trattazione di diritto privato non potrà mai separarsi dall'esame di quella determinata formula che è il testo di legge (…). Per il diritto pubblico invece, il famoso sillogismo (…) si presenta con un'importanza del tutto rovesciata: da assoluto diventa relativo; da originario, derivato; da regola si trasforma in eccezione» (133); «non è un mistero per

(131) É. Laferrière, *op. loc. cit.*

(132) V.E. Orlando, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 1079-1080.

(133) V.E. Orlando, *Note dell'autore del1925 all'autore del 1885*, 1925, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti vari*, cit., 31; già Id., *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 1052: «Per quanto il principio fondamentale del diritto moderno obblighi il magistrato a

alcuno che la teorica relativa all'interpretazione delle leggi in generale sia stata sempre svolta da privatisti» e se i risultati «pur sono sufficienti pel diritto privato, non bastano senza dubbio pei bisogni del diritto pubblico», ove «allo spirito delle leggi (…) si deve molte volte accordare una considerazione maggiore di quella che occorrerebbe nel diritto privato», tanto che il criterio dell'interpretazione letterale «deve intendersi, per dir come si dice, *cum grano salis*» (134).

E ancora nella dottrina tedesca: «Qualche dozzina di disposizioni di polizia basta a dimostrare che quei *limiti* e *criteri* si confondono talmente che l'applicazione della legge secondo il suo spirito dipende sempre da un criterio equo ed uniforme. Questa relatività delle norme amministrative può non essere simpatica al senso giuridico di uomini avvezzi ai concetti precisi del diritto privato, ma è inevitabile» (135).

Come si è già osservato in altre occasioni (136), il diritto amministrativo è più un diritto per principi, di elaborazione giurisprudenziale, che conforma il dato eterogeneo delle norme scritte, mentre il diritto civile, pur non certo privo di principi, è più un diritto fondato sulle norme scritte e sulla loro interpretazione. La si potrà anche considerare una differenza di misura, o una dif-

giudicare non *de legibus* ma *secundum leges*, non mancano i modi con cui il giudice può farsi organo di nuovi bisogni del diritto, sia spingendo l'interpretazione più lungi che sia possibile senza mettersi in flagrante antitesi col testo, sia servendosi della facoltà illimitata di valutazione dei fatti e delle prove. Ed è notevole che questa possibilità è maggiore nel campo del diritto amministrativo, sia appunto per la maggiore imperfezione tecnica delle leggi che a questa branca si riferiscono e che, per ciò stesso, hanno minore forza di vincolare la tendenza del magistrato ad un libero giudizio, sia per l'elemento politico che frequentemente si riannoda al fatto (…) influenza che dentro certi limiti può dirsi naturale e inevitabile».

(134) S. Romano, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1950, *passim*. Anche nei *patres* della nostra dottrina processualcivilstica, G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1923, 32: «l'efficacia e l'interpretazione delle norme di diritto pubblico e di diritto privato sono regolate da principii diversi».

(135) R. Gneist, *op. cit*, 215.

(136) M. Mazzamuto, *L'incertezza nel diritto amministrativo*, cit. 297; Id., *I principi costitutivi*, cit., 510.

ferenza che possa essersi attenuata di fronte ad una più recente propensione creativa della giurisdizione ordinaria, ma resterebbe pur sempre, come si è visto pure a proposito della combinazione tra metodo dispositivo e metodo inquisitorio, una differenza tale da segnare la diversa qualità sistematica dei rispettivi orditi, quantomeno secondo il «principio logico della conversione della quantità in qualità» (137).

E per questo non è necessario soffermarsi più di tanto nei ragionamenti, basta l'esperienza pratica del giurista, di quando ci si trovi di fronte ad un giudice civile o ad un giudice amministrativo, per avere la chiara percezione di trovarsi in mondi eterogenei.

Non deve sorprendere infine che, sin dalle origini, la giustizia amministrativa trovasse il suo vero e primo fondamento nella necessità liberale del contemperamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato per dare a quest'ultimo una *chance* di tutela. A questo fine, è insopprimibilmente connaturato a tale giustizia un significativo grado di elasticità, certamente superiore a quello di cui gode il giudice civile in un sistema di *civil law*, sia per consentire un sindacato sulla discrezionalità, poiché, come era chiaro nel XIX sec., non basta il vincolo della legge (138), ma occorre altresì non lasciare all'amministrazione il libero

(137) E. Cannada Bartoli, *Di alcuni aspetti del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, vol. II, Milano, 1965, 68-69: «il carattere non chiuso del sistema si riscontra nel diritto amministrativo in misura quantitativamente maggiore (si ricordi il principio logico della conversione della quantità in qualità) che in altri -anche se non tutti gli altri- settori dell'ordinamento, onde la tecnica del diritto giudiziale non può ritenersi marginale nella nostra disciplina»; il che fa comprendere come «il diritto amministrativo (…) tenda ad essere in parte diritto giudiziale anche in prassi di diritto scritto» e come «la legge dell'azione amministrativa ed anche quella sul processo amministrativo (…) debbano riconoscere il carattere in parte giudiziario del diritto amministrativo».

(138) F. Gazzilli, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1900, XXVIII, 328-29, il quale osserva che, in Francia, «le idee allora correnti sulla violazione di legge erano così ristrette che non si concepiva altra violazione di legge all'infuori di quella della lettera delle legge», sicché, di fronte al «moltiplicarsi degli abusi (…) più facilmente mascherabili in quei casi in cui l'amministrazione è investita di poteri discrezionali», il *Conseil d'État* «stiracchiò l'eccesso di potere sino a comprendervi una nuova forma d'illegittimità, che si chiamò *détournement de pouvoir*».

arbitrio (139), sia riguardo al rapporto tra il giudice e le malcomposte leggi amministrative.

Ciò era già perfettamente rappresentato, nel lontano 1810, da Jean-Guillaume Locré, segretario generale del *Conseil d'État* napoleonico, che giustificava la necessità di istituire una giustizia amministrativa al fine di combinare e temperare il contrasto tra ordine pubblico, le cui leggi si fondano sulla prevalenza dell'interesse pubblico, e ordine privato, le cui leggi si fondano sul «rendere a ciascuno ciò che gli spetta, secondo regole invariabili»: una giustizia amministrativa dunque «che, avendo più di latitudine, possa tutto bilanciare (…) e fare prevalere, al bisogno, l'equità e l'interesse dello Stato, che è l'interesse di tutti, sulle disposizioni

(139) V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, cit., 346: «la *discrezione* di statuire sui privati interessi non deve considerarsi mai come un *arbitrio*» e «se si risale al principio generico, al fine proprio della pubblica amministrazione, si troverà in essa un vero e proprio obbligo giuridico di curare gli interessi dei singoli, pure accordandoli con il bene della comunità. (…) Anche quando l'utile generale deve prevalere sul particolare, sarà giusto e doveroso ricercare il modo onde la lesione che questo ne soffra sia la minima possibile e sia, quanto più è possibile, riparata»; S. Romano, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit., 96: i «poteri discrezionali attribuiti alle pubbliche amministrazioni (…) non sono, com'è noto, in nessuna guida paragonabili alle facoltà concesse ai privati nelle loro relazioni patrimoniali e civili. Mentre nell'esercizio di quest'ultime facoltà è, per regola generale che soffre poche eccezioni, completamente rimesso all'arbitrio del loro titolare, per modo che il giudice deve limitarsi ad esaminare soltanto se esse siano state dal legislatore concesse e non può vietarle anche quando, nel caso singolo, riescono contrarie ai fini che il legislatore medesimo ebbe in vista, lo stesso non può dirsi pei poteri amministrativi discrezionali»; V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 667: «Nel campo patrimoniale privato, la massima *quod feci iure feci* costituisce una barriera insormontabile dinanzi la quale si arresta qualsivoglia interesse di terzi che restino danneggiati dall'esercizio di un diritto subbiettivo, anche quando tale esercizio apparisca manifestatamene vessatorio ed ingiusto», per quanto «anche il diritto comune resiste contro una manifestazione sfrenata di questo principio: e questa reazione ha una importante manifestazione nella teorica dei così detti atti emulativi»; ciò non vale per il diritto amministrativo, perché «la *discrezione* dell'autorità amministrativa cui la legge affida i privati interessi non può mai tramutarsi in *arbitrio*»; O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 366, nota: «Non è quindi possibile equiparare e ridurre l'attività libera dell'amministrazione all'attività sua giuridicamente irrilevante per i cittadini, per quanto di fatto utile o dannosa, e quindi paragonare gli atti discrezionali dell'amministrazione agli atti giuridicamente irrilevanti, che nel diritto privato ciascun individuo può compiere nell'ambito della propria sfera libera».

inflessibili e più strette della legislazione positiva» (140). Proprio sulla scorta di Locré, dopo un secolo e mezzo, la dottrina francese è felicemente tornata sul punto: «La conciliazione dell'ordine pubblico e dell'ordine privato, tale è la ragione profonda di questo diritto amministrativo (…). L'essenza generale del diritto amministrativo è di costituire un diritto d'equità» (141).

Non si tratta del resto, nell'epopea ottocentesca della costruzione del diritto amministrativo, che del precipitato del giusnaturalismo liberale, per intenderci alla maniera di Locke, o di quel principio di proporzionalità, massima e originaria espressione del bilanciamento con l'interesse privato.

In definitiva, l'elasticità del regime dell'istruttoria non è altro che la naturale proiezione dell'elasticità equitativa del giudizio pretorio, ed in questa chiave essa si è sempre e anzitutto volta alla tutela del cittadino.

6. La sterile ricerca di un giudice amministrativo mero applicatore della legge e il presunto modello unico di giurisdizione nella Costituzione.

Nella letteratura contemporanea si trova spesso, e non da ora, il richiamo al rispetto del principio di legalità, che troverebbe oggi fondamento costituzionale nell'idea che i «giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, comma 2, Cost.) e che quest'ultima è espressione della «sovranità» del popolo (art. 1, comma 2, Cost.).

Nel caso della giustizia amministrativa, tutto questo costrutto, insieme alla ripetizione dei suoi corollari, dalla certezza della legge *versus* l'arbitrio giurisprudenziale alla teoria dell'interpretazione, si è però sempre risolta in una sostanziale vacuità. Nonostante ciò, invece di trarne ragione per approfondire la *ratio* e le

(140) J. G. Locré, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caratère des ses actes*, Parigi, 1810, 166-168. Locré è famoso per il suo commentario ai codici francesi: *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Parigi, 1827.

(141) P. Sandevoir, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, 1964, 307-308,

peculiarità del fenomeno storico del sistema giuspubblicistico, si continua *more geometrico* ad insistere in una tautologica quanto inconcludente litania di concetti.

Nel citato contributo del 1967, Nigro, nella parte propositiva, mette in discussione la compatibilità costituzionale del giudice pretore in nome appunto del «principio di legalità», sicché «il principio del libero convincimento», in luogo di «una regola precostituita di giudizio», di «un principio di ripartizione», questa volta, «obiettiva dell'onere della prova» e di un «nesso immediato fra (esistenza della) fattispecie concreta e (applicazione del) precetto astratto», «si trova vietato soprattutto, per il profilo oggettivo, dall'art. 101, 2° comma, nel quale non si legge unicamente che il giudice è soggetto solo alla legge, ma anche che il giudice applica la legge non la fa e, per il profilo soggettivo, dall'art. 24, il quale tutela le situazioni giuridiche esistenti, quelle cioè che siano venute in vita per il verificarsi delle fattispecie concrete cui la norma (e solo la norma) le collega».

In tal senso, pur se il principio del libero convincimento come strumento di rimozione della diseguaglianza sostanziale del cittadino «rimane un intento meritorio», ci si chiede «se possa essere perseguito con lo stesso radicalismo che in passato».

Ma cosa dovrebbe mai consentire il mutamento o il temperamento auspicato?

Si prende spunto dalla considerazione che, in un'amministrazione oggi più partecipata e più segnata da una rigorosa definizione dei suoi poteri, la funzione «ortopedica» del giudice è meno giustificata ([142]).

([142]) M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 17: «oggi che i rapporti sostanziali fra amministrazione e cittadino sono in corso di accelerato mutamento vuoi per la più rigorosa definizione della posizione di supremazia della pubblica amministrazione nei confronti del cittadino, vuoi per lo svolgersi del l'azione amministrativa in forme più varie, più articolate (procedimento), e più aperte (collaborazione, generale o specifica, del cittadino; pubblicità di atti, ecc.)», ne deriva che «la funzione ortopedica del processo diventa meno necessaria, quando già sul terreno sostanziale si eliminano o contengono le maggiori storture: quello che si conviene in relazione ad una amministrazione da Basso Impero, non si conviene in relazione ad una amministrazione democratica».

Nigro è uno studioso troppo avveduto per non cogliere la complessità del sistema giuspubblicistico, ma, nonostante ciò, si avventura così nell'avvicinamento ad un modello ideale tutto astratto ove riprodurre in qualche misura la geometria dell'ordito civilistico nei rapporti tra la legge e il giudice.

Da questa prospettazione non si ricava invero un granché.

In primo luogo, perché non è ravvisabile un salto di qualità delle leggi amministrative. Ed infatti, sul versante del riparto dell'onere della prova, si ha consapevolezza della grave difficoltà, anche considerato che «le fasi e le situazioni, nelle quali o per le quali sorge il nostro problema, sono le più diverse». Non si arriva così che a elaborare una distinzione tra interessi pretensivi (ove l'onere probatorio graverebbe sul cittadino) e interessi oppositivi (ove l'onere probatorio graverebbe sull'amministrazione), ma si tratta di un'indicazione generica, rispetto alla molteplicità delle fattispecie amministrative, non meno creativa, ma anche più rigida e schematica, di quanto potrebbe fare il giudice pretore e, infine, di evidente fragilità, se lo stesso Nigro riconosce, da un lato, che l'applicazione del criterio indicato per gli interessi pretensivi «non è tanto facile quanto appare a prima vista, perché non è sempre possibile stabilire se un fatto è, in via positiva, elemento costitutivo della pretesa oppure se, viceversa, è la sua mancanza ad impedire il realizzarsi della pretesa stessa» ([143]), d'altro lato, più in generale, che alla statica del riparto dell'onere della prova occorre aggiungere anche la «dinamica che non è solo del processo ma anche e prima quella del procedimento», sicché «sembra che nella determinazione del soggetto tenuto a provare un fatto non si possa prescindere dalle posizioni che le parti sono venute concretamente ad assumere circa la prova di esso nel procedimento amministrativo».

Non a caso nel contributo del 1974 si continua ad offrire la tradizionale rappresentazione della pessima e mutevole redazione

([143]) Su questo aspetto, cioè della distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi, A. PARANZOLA, *op. cit.*, 189, nota, evidenzia «una difficoltà che instilla una robusta vena di incertezza al fondo della tesi di Nigro, della quale peraltro egli è perfettamente consapevole».

delle leggi amministrative, e si afferma che «la larga produzione di diritto giurisprudenziale resta sempre così una delle caratteristiche fondamentali della giurisdizione amministrativa», poiché anche a «considerare tramontata l'epoca d'oro dell'elaborazione della parte generale (…) resterebbe sempre la necessità di rimediare, attraverso la creazione di regole giurisprudenziali, alle deficienze del prodotto corrente della normazione scritta» (144).

In secondo luogo, tornando al 1967, evocare un'amministrazione «democratica» in nulla contribuisce alla precostituzione normativa della fattispecie, se dovrebbe essere rimesso al legislatore confezionarla, anzi si consuma qui una viva contraddizione. Nonostante si richiami il principio di legalità, si fa risorgere la non nuova antinomia, come nelle note pagine kelseniane (145), tra democrazia legislativa e democrazia amministrativa. Per altro verso, tale evocazione finisce per nascondere un intento autoritario, come se, in quanto democratica, la decisione amministrativa abbia un grado superiore di intangibile legittimazione di fronte al giudice (146). Ed infatti, proprio nel momento in cui si menziona l'amministrazione «democratica», Nigro aggiunge subito dopo che tale amministrazione «oltre tutto, si presenta anch'essa come un soggetto meritevole di tutela, tanto più meritevole, appunto, quanto più la sua supremazia, liberata di ogni inutile frangia, sarà in immediato e congruo collegamento con la esigenza di efficienza». Tant'è che in un contributo del 1969, per quanto si incominci a prefigurare una generale crisi del rapporto tra legislazione e giurisdizione, si rimane fermi nell'idea che la Costituzione non consenta una «commistione di giurisdizione e amministrazione», cioè che il giudice amministrativo possa divenire un giudice equi-

(144) M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato, giudice e amministratore (aspretti di effettività dell'organo)*, cit., 1390.

(145) Sulla diffidenza per la democrazia amministrativa rispetto a quella legislativa, H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982.

(146) Sulla valenza illiberale dei modelli di democrazia amministrativa, da Mario Nigro alla scuola di Feliciano Benvenuti, si rimanda a M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 82 ss.

tativo della «opportunità» della decisione amministrativa (147).

Oggi, si orecchia a volte che la situazione sarebbe cambiata, grazie all'intervento del legislatore, sicché sussisterebbero i presupposti per l'abbandono del giudice-pretore.

In cosa consisterebbe questo presunto mutamento sul terreno della precostituzione della regola sostanziale?

L'unica novità è l'avvento della disciplina di parte generale contenuta nella legge sul procedimento amministrativo. Ma ciò, a ben vedere, ha peggiorato, invece che migliorato la situazione. A parte che si tratta o di principi, spesso già di elaborazione pretoria e la cui applicazione rimanda pur sempre alla giurisdizione, o di frammenti di disciplina generale, anche in tal caso la tipica propensione alla mutevolezza delle leggi amministrative si è immancabilmente attivata: basti ricordare quante volte è stata modificata l'evocata legge sul procedimento amministrativo, peraltro inopportunamente pure allargata alla disciplina del provvedimento. Il risultato è rovinoso: una volta la parte generale era nell'esclusivo dominio del giudice pretore che, pur con la prudenza delle necessarie modulazioni, garantiva un certo grado di certezza, ora invece che anche questo ambito è occupato dal legislatore cangiante, proprio come preconizzava Zanobini, non può che alimentarsi l'incertezza (148).

Per il resto, il diritto amministrativo speciale, nonostante i tentativi di razionalizzazione dei testi unici, non ha certo perso quei tradizionali e famigerati caratteri, anzi si può dire che nel corso del Novecento il quadro si sia ulteriormente complicato con l'articolarsi dei compiti pubblici e del novero dei soggetti regolatori. Si continua dunque a far fatica, oggi come ieri, a trovare quella desiderata precostituzione delle fattispecie, con tutto ciò che ne consegue anche sul piano del riparto obiettivo dell'onere della prova e della regola di giudizio.

Non è un caso che, ancor oggi, non mancano amministrativisti che lamentano «una legislazione ipertrofica, assolutamente

(147) M. Nigro, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it*., 1969, V, 63.
(148) M. Mazzamuto, *L'incertezza nel diritto amministrativo*, cit.

incerta, che neanche davanti ai giudici trova univoca interpretazione. Una legislazione che riversa sull'amministrazione e sul diritto amministrativo l'arbitrarietà della politica» (149), o che evidenziano come «nella nostra disciplina l'interpretazione delle norme si svolge in un quadro soggetto a continue variazioni» (150). O ancora una giurisprudenza costituzionale che giustifica l'attenuazione della responsabilità erariale in ragione di una «fatica di amministrare» derivante, tra l'altro, da «una caotica produzione legislativa» (151).

Cosa rimane dunque, nei riguardi della giurisdizione amministrativa, che i «giudici sono soggetti soltanto alla legge»?

Nigro, nel contributo del 1978, ci offre, rispetto a quello del 1967 e ai dubbi di quello del 1969, un autentico capitombolo. Se lo Stato di diritto ottocentesco è rappresentato come uno Stato legislativo (vulgata invero errata, anche fra filosofi, teorici generali e storici del diritto, se riferita alla giustizia amministrativa (152)), questa volta si accede, per la contemporaneità, ad un deciso e generale riconoscimento della crisi del rapporto tra legge e giurisdizione, tanto che addirittura la stessa giurisdizione ordinaria sarebbe segnata da un «ruolo attivo, di creazione o di concreazione di valori insieme con il legislatore o al posto del legislatore». A ciò consegue una evaporazione del vincolo costituzionale sin lì tenuto fermo: «nonostante che la nostra Costituzione metta l'accento sulla funzione garantista della giurisdizione (art. 24) e sulla posizione neutrale del giudice (il giudice soggetto soltanto alla legge: art. 101), né l'una né l'altra cosa sono più completamente vere». Sull'esempio della giurisdizione ordinaria, quella ammini-

(149) S. Licciardello, *La giustizia amministrativa in trasformazione tra processo e servizio,* in *Prospettive della giustizia amministrativa. Efficienza, qualità e nuove tecnologie*, a cura di S. Licciardello, Napoli, 2026, 17.

(150) A. Travi, *L'interpretazione della norma amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 6.

(151) Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132.

(152) M. Mazzamuto, *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, cit.; con riferimento, in particolare, alla scuola degli storici del diritto fiorentini, Id., *Liti tra pubbliche amministrazioni*, cit., 346.

strativa, già segnata da un'origine pretoria, dovrebbe addirittura fare un passo in più: superare il (presunto) freno che deriva dal processo sull'atto che mortificherebbe «quelle stesse manifestazioni della socialità del giudice» e così «ampliare al massimo la superficie controllata di amministrazione e penetrare in essa il più profondamente e efficace», pervenendo alla «individuazione dei c. d. valori di giustizia» che riflettono la socialità (153). Sembra quasi che Nigro, per realizzare quei valori di giustizia, che in tal caso sono da ricondurre, giusta per individuarle, alle premesse ideologiche di un socialista, non si fidi più neanche di un'amministrazione democratica, che rimarrebbe pur sempre esposta all'influenza dei poteri privati, e punti adesso decisamente al ruolo della giurisdizione, quasi a voler fare dei giudici amministrativi qualcosa di similare a quei pretori d'assalto che già in quegli anni erano apparsi all'orizzonte.

Tralasciando questo asseveramento della giurisdizione ordinaria creativa, che peraltro riguarderebbe non solo quella civile, ma anche quello penale, è il metodo che interessa qui mettere criticamente in evidenza, e cioè che si passi da un estremo all'altro in modo tendenzialmente uniforme per tutte le giurisdizioni (154).

Deve infatti, ben diversamente, ritenersi più corretto un approccio differenziato, a seconda del sottosistema e della relativa giurisdizione cui si fa, di volta in volta, riferimento, sicché anche il vincolo costituzionale della sottoposizione alla legge va conseguentemente modulato. Si tratta ancora una volta di storie diverse.

Poco importa, ad es., evidenziare la crisi della legge o la de-

(153) M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, cit., *passim*.

(154) Anche di recente, e nonostante si tratti di un consigliere di Stato, R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 2019, pur evidenziando incidentalmente che tali problemi si presentano «forse con diversi livelli di intensità» nei vari rami del diritto, finisce per avere un approccio generalizzante.

Parimenti, in dottrina, poco si comprendono gli amministrativisti che affrontano il tema del rapporto tra legge e giudice in termini appunto generali, senza considerare la peculiarità del sistema giuspubblicistico, come, ad es. nel caso di F. SAITTA, *La (ragionevole?) discrezionalità del giudice amministrativo*, in *Prospettive della giustizia amministrativa*, cit., 51 ss.

codificazione del diritto privato, poiché si tratterebbe pur sempre e di gran lunga di un fenomeno di minor grado di fronte alle migliaia di fonti cangianti che da sempre e strutturalmente caratterizzano il diritto amministrativo, sicché nel complesso non ha mai perso validità l'osservazione che la «straordinaria ampiezza e frammentarietà» della legislazione amministrativa «non trovano invero riscontro in nessun altro campo del diritto» (155). Un amministrativista, che ha un ben altro peso sulle spalle, non potrebbe che sorridere bonariamente di fronte alle preoccupazioni del civilista per il peggioramento della qualità delle leggi privatistiche e per la tenuta del suo sistema codicistico.

Se così può apparire ripugnante un giudice penale creativo o, in una posizione mediana, può essere controverso il ruolo del giudice civile, non si può eludere il fatto che il carattere pretorio del giudice amministrativo presenti un maggior peso come invariante del sistema giuspubblicistico e questa volta con una valenza certamente positiva.

L'assunzione del vincolo del principio di legalità a presidio della prevedibilità delle regole cui non si può opporre una sorta di «realtà naturale» della pratica giudiziaria potrà valere per il diritto penale o forse anche per il diritto privato (156), ma non per il diritto amministrativo, della cui peculiarità, come si è già detto, i teorici generali, i filosofi del diritto o gli storici del diritto non si fanno invero mai carico e dove, solo il giudice può essere fonte di certezza, non certo il legislatore.

Né cambia le cose evocare il principio democratico di cui la legge è espressione. La storia millenaria del diritto è cosa ben più complessa dell'avvento della democrazia come strumento di produzione e legittimazione del diritto, ove da tale avvento si pretenda di ricavare un solo modello di rapporti tra legge e giurisdizione, indipendentemente cioè dai comparti dell'ordinamento di volta in volta interessati.

(155) G. Zanobini, *op. loc. cit.*

(156) L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016.

La modulazione del vincolo costituzionale è del resto ravvisabile nella stessa giurisprudenza del giudice delle leggi. Cosa sono già le ricorrenti variabili tra riserve assolute o relative di legge, o tra gradi diversi di tipizzazione sostanziale richiesti a seconda degli ambiti materiali presi in considerazione? Ai fini del nostro discorso è sufficiente evidenziare che, se in materia penale il principio di legalità è inteso in maniera particolarmente rigoroso, dalla riserva assoluta di legge al principio di determinatezza (157), nel diritto amministrativo, all'opposto, si è arrivati a salvare previsioni legislative con un grave deficit di tipizzazione, e comportanti il pericolo di uno sconfinamento nell'arbitrio amministrativo, sul presupposto che tale deficienza fosse compensata dal giudice amministrativo, cioè dai principi del giudice pretore: così, ad es., riguardo alla previsione del requisito di buona condotta, si è statuito che «se, di norma, non si sono ancora verificati immediati effetti caducatori, una delle ragioni è da ravvisarsi nell'esistenza della tutela giurisdizionale delle pretese stesse nei confronti della pubblica amministrazione, tutela garantita dall'art. 113 della Costituzione, al quale la giurisdizione amministrativa ha fatto ampio ricorso al fine di realizzare in concreto il sindacato dell'azione amministrativa» (158).

(157) Così gli obiettivi del principio di determinatezza consistono «per un verso, nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327)

(158) Corte cost., 16 dicembre 1993, n. 440. Ad es., v. anche Corte cost., 2 febbraio 1972, n. 12, che evoca i principi generali, ovvero sia, ancora una volta, quelli pretori, per salvare la previsione legislativa: «In ordine alla prima deduzione non appare esatta la tesi sulla quale si fonda, secondo cui la potestà conferita al questore risulterebbe sfornita di quei limiti necessari a garantire il rispetto del dovere dell'eguale trattamento, a parità delle condizioni soggettive ed oggettive inerenti alle richieste di licenza. Soccorrono infatti, per giungere a conclusioni diverse, i principi generali valevoli a preservare dall'arbitrio l'attività della pubblica Amministrazione quando incida sulla sfera di libertà dei cittadini, quali quelli riguardanti l'obbligo di far precedere i provvedimenti di rifiuto della licenza da motivazioni sufficienti a rendere possibile il sindacato giudiziario sui medesimi». Si rimanda al riguardo a M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 148.

È nostro pieno convincimento che la carta fondamentale nel confermare l'esistenza del giudice amministrativo abbia inteso salvaguardare i caratteri, come consegnatici dalla tradizione, del peculiare sistema giuspubblicistico, di contro a quelle militanti dottrine che pretendono di ravvisare nei principi costituzionali la premessa della progressiva riconduzione ad un monismo del diritto e del modello di giurisdizione ([159]).

Né va dimenticato che la giurisdizione non può essere astretta alla sola funzione di dare esecuzione alla volontà del sovrano, ma esprime storicamente anche, se non anzitutto, l'esigenza di porre a tale sovrano un limite a tutela dei cittadini, il che vale in massimo grado per i giudici dei pubblici poteri, *lato sensu* intesi, che si tratti della corte costituzionale o del giudice amministrativo.

In questo senso, come si è osservato in altre occasioni, il fondamento più profondo del diritto pubblico e della giustizia amministrativa, a mente dell'art.1, comma 2, Cost. («La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»), sta non tanto nella sovranità del popolo, bensì nei limiti entro i quali questa sovranità deve essere esercitata ([160]).

7. Il paradigma travisante del (non) giudice del fatto.

Un altro paradigma di cui si ha spesso traccia nella vulgata è che la giurisdizione amministrativa non nasca come giurisdizione sul fatto, in quanto, e sempre nel segno di un presunto originario autoritarismo, non sarebbero stati suscettibili di sindacato i fatti per come rappresentati dall'amministrazione ([161]).

([159]) M. Mazzamuto, *Il confronto con la dottrina classica*, in *Il confronto nel metodo giuridico,* Napoli, 2023, 50.

([160]) M. Mazzamuto, *Per una doverosità*, cit.,159; Id., *Il riparto di giurisdizione*, cit., 212; in particolare sulla giustizia amministrativa anche come limite al legislatore, Id., *Il confronto con la dottrina classica*, cit., 51.

([161]) Ancor oggi si riscontrano in questo senso affermazioni del tutto prive di fondamento storico e positivo, come è, ad es., il caso di S. Capozzi, *Giusto processo e istruttoria nel processo amministrativo*, in *Il nuovo art. 111 cost*., Napoli 2002, 99, secondo il quale, per la giurisprudenza, «il parametro di valutazione è costituito non già dalla realtà oggettiva ma da quella riportata nell'atto». Ma anche, sorprendentemente, nella dottrina

Ancora una volta, nulla di più travisante.

Se si guarda alla giustizia graziosa, è facilmente riscontrabile, sul piano storico, una rappresentazione opposta. Tale giustizia, proprio perché essenzialmente equitativa, sembrava infatti dominata dal *fatto* e non dal diritto, come inteso in un sistema di *civil law*. Tanto è vero che Orlando, inizialmente sostenitore della giurisdizione unica (162), nella sua prima monografia del 1888, si confrontava con l'idea diffusa che nelle controversie amministrative si faccia soprattutto «quistione non di diritto ma di fatto» (163).

Nella nostra giurisprudenza sui ricorsi straordinari al re era non meno consolidato che, nel controllo sulla legittimità e non sulla sola mera legalità, cioè nel controllo equitativo sulla intrinseca giustizia del provvedimento, fosse anche compreso quello sulla veridicità dei fatti assunti dall'amministrazione (164).

È vero che, con la giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato, sia in Francia, specie per l'autorità di Laferrière (165), sia

amministrativistica, F. SAITTA, *Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv tr. dir. proc. civ.*, 2017, 939, che individua tra «i problemi la cui risoluzione è davvero impellente», oltre al sindacato sulle scelte tecniche, la «mancanza di un accertamento giurisdizionale autonomo dei fatti di causa, i quali continuano ad essere sindacati attraverso la rappresentazione che se ne ha nel provvedimento impugnato».

(162) Sul successivo e deciso mutamento d'opinione a favore della giustizia amministrativa, come anche avvenuto nel caso di Ludovico Mortara, si rimanda a M. MAZZAMUTO, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2019.

(163) V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie delle libertà*, Torino, 1888, 54 ss.

(164) Ancora Cons. Stato (parere), 19 febbraio 1896, in *Rivista di diritto ecclesiastico*, 1896, 323, richiamando i propri precedenti: «un provvedimento in tanto è legittimo in quanto corrisponde alla verità sostanziale delle cose».

(165) É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol. II, 36 e 508-509: riconosce che «il *Conseil d'État* si è sovente riconosciuto il diritto di ricercare se i fatti posti alla base della decisione era stati ben definiti dal punto di vista giuridico, e di verificare, a tal fine, l'esistenza e la natura di questi fatti», come nell'emblematico caso *Duval* del 1881, dove si procedette ad una visita dei luoghi, ma a ciò contrappone la sua idea che il ricorso per eccesso di potere può fondarsi «sull'illegalità delle decisioni, non sugli errori di fatto o di valutazione che potrebbero contenerle», in vista della «cassazione dell'atto illegale», ed è «per questa attribuzione che» il *Conseil d'État* «talvolta è stato paragonato a una Corte di cassazione dell'ordine amministrativo».

in Italia, ha avuto una qualche influenza l'idea di un apparentamento del Consiglio di Stato al giudizio di sola legittimità della Cassazione, ma ciò ha solo determinato un brevissimo momento d'incertezza, poiché il giudizio sul fatto non venne mai meno e finì rapidamente per tornare a consolidarsi (166).

Anche in Italia è indubbio che la dottrina e la giurisprudenza si siano mosse in questa direzione, così come il nostro eccesso di potere, nel quale il vaglio del fatto ha avuto subito ampio riscontro, secondo la tradizione graziosa.

Già Orlando evidenziava che, a differenza del giudizio in Cassazione, la IV Sezione «ha facoltà di procedere ad accertamenti del fatto, quando la determinazione di esso che sorge dal provvedimento impugnato sia monca o evidentemente errata», essendo «indiscutibilmente ammissibile, secondo il nostro ordinamento, che per mezzo di una prova documentale o di altre istruzioni all'uopo ordinate, si dimostri infondato quell'elemento di fatto con cui il provvedimento impugnato credette di applicare la legge», anzi «nell'affermare questo principio la IV Sezione è stata assai ferma ed è senza dubbio questo il più largo e utile contributo portato alla pratica dalla competenza per eccesso di

(166) Così in Francia, G. Jèze, *L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir*, in *Revue du droit public,* 1911, 283 ss., che cita un precedente del 1899 favorevole al giudizio di fatto, uno contrario del 1906 e di nuovo una pronuncia favorevole del 1910, oggetto di annotazione, auspicando, in contrapposizione a Laferrière, un definitivo consolidamento della giurisprudenza. Il che in effetti avverrà nelle pronunce degli anni successivi (ad es. *Conseil d'État*, 14 gennaio 1916, *Camino*: «Considerando che il *Conseil d'État* non può apprezzare l'opportunità delle misure che gli sono deferite col ricorso per eccesso di potere, gli appartiene, d'una parte, di verificare la materialità dei fatti che hanno motivato queste misure, d'altra parte, nel caso in cui i detti fatti sono stabiliti, di cercare se essi possono legalmente motivare l'applicazione delle sanzioni previste nelle precitate disposizioni») come mostrato da M. Hauriou, *Violation de la loi par suite de cause juridique inexistante dans la décision exécutoire*, nota a *Conseil d'État*, 22 janvier 1926, *Lefranc*, ora in *www.revuegeneraledudroit.eu*, *open access*.

Nel prosieguo del XX sec. la dottrina francese non avrà infatti più alcuna remora ad affermare pacificamente che nel ricorso per eccesso di potere il giudice amministrativo è giudice del fatto e che l'errore di fatto è uno dei principali motivi di illegittimità dell'atto amministrativo: di recente v. D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Parigi, 2002, 246.

potere» (167). Così, ad es., assume rilievo non solo che «il fatto ritenuto è in aperta contradizione colle risultanze degli atti» (168), ma anche che l'atto non è giustificato da «fatti certi obiettivi e legittimamente provati» (169) o «tace circostanze essenziali» (170), così come che «un apprezzamento reale del tutto viziato nella base dalla quale si diparte, che non è a confondersi con la pura estimazione dei fatti che appartiene alla sede di merito, verrebbe a porre in essere una specie di eccesso di potere nel provvedimento che si è conformato a presupposti che a risultanze complete si rivelano per insussistenti» (171).

Sarebbe del resto altrimenti incomprensibile l'affermazione dell'originaria tendenza inquisitoria del processo amministrativo (172). A cosa mai, ove esercitati, servirebbero infatti questi poteri istruttori officiosi, se non a condurre investigazioni sul fatto? Non a caso Cammeo, nell'affermare come sia «noto che nel giudizio di legittimità la IV sezione può esercitare una indagine sui fatti», argomentava anche a partire dai poteri officiosi riconosciuti dall'art. 37 della legge 2 giugno 1889 (173).

Questione di secondo grado, ma di grande importanza, era poi, come anche chiariva lo stesso Orlando, se il giudice amministrativo potesse andare al di là della verità o meno del fatto e

(167) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 813-4 e 1020. Anche F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it*., 1902, III, 275, osservava che «la giurisdizione di legittimità diversamente che il giudizio di cassazione nella procedura civile non è dunque caratterizzata dalla circostanza che debba il giudice ritenere i fatti quali emergono dallo stadio anteriore, e non possa apprezzare le prove raccolte e assumerne delle nuove». Ancora Dallari, *op. cit*., 75, per il quale «il giudizio di Cassazione esclude, per la sua indole, un esame del fatto», mentre «per. contro, il giudizio di legittimità consente senza dubbio l'ammissione dei mezzi di prova per la ricostruzione del fatto affermato nel provvedimento».

(168) Cons. Stato, 21 dicembre 1893, n. 368, in *Giust. amm*., 1893, I, 587.

(169) Cons. Stato, 15 dicembre 1893, n. 364, *ivi*, 610.

(170) Cons. Stato, 17 novembre 1892, n. 320, *ivi*, 1892, I, 521.

(171) Cons. Stato, IV 25 maggio 1894, n. 171, *ivi*, 1894, I, 364.

(172) M. Nigro, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 14, per quanto riportata erroneamente alla «primèva convinzione che si trattasse di una giurisdizione di diritto obiettivo e vi dominasse l'interesse pubblico».

(173) F. Cammeo, *La competenza di legittimità*, cit., 205.

sconfinare nel suo apprezzamento, poiché «dove è possibile un diverso opinamento e una diversa valutazione» si tratterebbe di una «questione di merito» (174).

I limiti del sindacato sull'apprezzamento del fatto non sussistono invero di per sé ma come riflesso della ricorrenza o meno di limiti al sindacato sulla discrezionalità (175). Anche l'apprezzamento dei fatti è dunque sindacabile, così come lo è la discrezionalità. E quanto più, secondo il convincimento del giudice pretore, dalla giustizia graziosa all'eccesso di potere, si mantiene o si espande il controllo sulla discrezionalità, tanto più il giudice amministrativo diviene giudice degli apprezzamenti dell'amministrazione, sia in generale, sia riguardo alla valutazione del fatto.

La nostra stessa giurisprudenza costituzionale ci offre ancor oggi un spaccato del tutto analogo: «anche in presenza di tale latitudine di apprezzamenti, la garanzia della tutela giurisdizionale appare sufficientemente assicurata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di verificare la sussistenza degli elementi di fatto (…) quali vengono asseriti nella motivazione, (…) nonché di

(174) V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 814. Ancora O. Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 422 ss.: nel giudizio di legittimità, fermo restando nella valutazione del fatto il limite dell'opportunità, il Consiglio di Stato «può anche fare un giudizio di fatto, per rilevare gli eventuali difetti dell'atto in riguardo ai fatti», come si evidenzia nelle figure dell'eccesso di potere, «specialmente da quelle costituite dalla contraddizione fra i fatti, sulla base dei quali fu preso il provvedimento, e la realtà di essi»; non si può fare il sindacato sull'eccesso di potere «senza un indagine e un giudizio sui fatti».

(175) Nella dottrina francese, il rilievo del fatto è stato espressamente collegato al confine tra legalità e opportunità da J. Rivero, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français*, in *Dialectica*, 1961, 462 ss.: «questo ruolo creativo, che va ben oltre gli esercizi esegetici in cui si limita l'azione del giudice giudiziario, pone in termini singolari il problema del confine tra diritto e fatto: perché il giudice amministrativo è, in larga misura, padrone del tracciato di questo confine; formulando una regola in ciò che fino a quel momento era lasciato al potere discrezionale dell'amministrazione, sposta a suo piacimento il limite tra legalità e opportunità; e, in questo tracciato, si ispira a preoccupazioni essenzialmente concrete: a seconda delle necessità di un momento, o di un servizio, secondo le esigenze variabili dell'ordine e della libertà, erige in regola di diritto, qui e oggi, ciò che là, o domani, abbandonerà al dominio della libera valutazione dei fatti da parte dell'amministrazione. La delimitazione del diritto e del fatto è quindi, nel nostro sistema contenzioso, la delimitazione della parte controllata e della parte incontrollata dell'azione amministrativa».

valutare, sotto il profilo della logicità, il significato attribuito agli elementi di fatto su cui ci si fondi, e l'iter seguito per pervenire a certe conclusioni» (176).

Anche qui, nella vulgata, si addiviene tuttavia ad uno sconcertante capovolgimento. Si vuole far credere che il giudice amministrativo non era giudice del fatto e che, per superare questo limite, si debba prendere a modello il giudizio civile.

Non solo, come si è visto, non corrisponde al vero che il giudice amministrativo non fosse giudice del fatto, ma non si considera altresì l'importanza del collegamento tra il fatto e i vizi del provvedimento, poiché sono solo i fatti giuridicamente rilevanti a venire in rilievo (177).

L'ampiezza dei fatti rilevanti, e dunque suscettibili di sindacato da parte del giudice amministrativo, è infatti direttamente proporzionale all'ampiezza del vincolo giuridico. E se il vincolo di diritto pubblico, tra norme scritte e principi pretori, è più largo e penetrante del vincolo di diritto privato, ne deriva che, nel primo, più largo è di regola il novero dei fatti rilevanti e vagliati dal giudice, mentre, nel secondo, minore è la portata dei fatti rilevanti in quanto in grossa parte riconducibili all'insindacabile libero arbitrio dell'autonomia privata.

In questo senso il giudice amministrativo è invero sempre stato molto più giudice del fatto di quanto non lo sia stato il giudice civile.

Ci appare così mal posta l'odierna critica che vedrebbe nel merito un ostacolo al sindacato sul fatto, se con ciò si intenda dare una rappresentazione deteriore del giudizio amministrativo rispet-

(176) Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103.

(177) Ancora sul finire del XX sec., con considerazioni che potrebbero facilmente valere per il passato, G. Corso, *Prova (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1999, 1 ss. e 7, osserva che «esistono, anche nel processo amministrativo, ampi spazi (..) in cui ci sono fatti da provare», come nel caso in cui vengano dedotti i vizi di eccesso di potere o di falsa applicazione della legge, e che «lo stesso art. 44 t.u., prospettando la possibilità che i fatti affermati nell'atto o provvedimento siano in contraddizione coi documenti esclude che», così come già affermava Cammeo, «l'esposizione dei fatti contenuta nell'atto impugnato possa vincolare il giudice».

to a quello civile. Basti pensare a tutti i fatti che devono essere vagliati in relazione a norme di diritto pubblico che, a differenza dell'ordito privatistico, sono quantomai pervasive (dalla competenza al procedimento) e hanno di regola carattere imperativo e non dispositivo, o in relazione al sindacato sulla discrezionalità, nelle sua variegate articolazioni. Persino qualora il giudizio amministrativo fosse, in ipotesi, ridotto ai suoi minimi termini, si tradurrebbe pur sempre in un *quid pluris*, in una *chance* in più di tutela rispetto alla insindacabilità delle libere scelte dell'autonomia privata e dei fatti che vi sono connessi.

7.1. *La discrezionalità tecnica.*

Se è corretta la nostra ricostruzione del quadro generale, la *vis* critica della vulgata finisce invero per restringersi alla nota questione della discrezionalità *tecnica*, cui la dottrina di questi ultimi decenni ha riservato massima attenzione, e ove *prima facie* i termini del confronto con la giustizia civile potrebbero sembrare atteggiarsi diversamente.

I tratti essenziali del problema sono già chiari nella citata nota di Cammeo del 1902 (178).

L'idea di fondo è che la discrezionalità tecnica, ove entrano in gioco «criteri tecnico-amministrativi» per la valutazione di fatti complessi (come nel caso dei concetti giuridici indeterminati, quali, ad es., l'urgenza, la pericolosità o l'insalubrità), vada staccata dal *genus* della discrezionalità e ascritta invece ai presupposti di applicazione della norma, senza dunque che, nel sindacato del giudice, possano frapporsi i limiti del merito, tanto che al riguardo Cammeo ipotizza coerentemente la configurabilità di una violazione di legge (e, solo, subordinatamente, di un eccesso di potere).

Nel processo civile i fatti complessi sarebbero invece pienamente sindacabili. Ma Cammeo deve riconoscere che ciò è vero nei rapporti fra privati, non quando sia in gioco un atto ammini-

(178) F. Cammeo, *La competenza di legittimità*, cit., *passim*.

strativo. Sarebbe infatti conseguenza della divisione dei poteri, come intesa dal legislatore del 1865, che, come già evidenziato in un discorso parlamentare di Mancini, il giudice ordinario possa sindacare i fatti semplici, ma non i fatti complessi riguardanti l'amministrazione. E a ciò la giurisprudenza civile si attenne, sì che «escluse costantemente ogni sindacato sopra circostanze di fatto che, ancorché poste a base di una norma di diritto amministrativo, dovessero apprezzarsi con criteri tecnici», rimandando semmai espressamente alla giustizia amministrativa (179).

Non a caso, Cammeo finisce per volgere lo sguardo proprio alla giustizia amministrativa, di fronte alla quale le ragioni della divisione dei poteri vengono a «cessare», auspicando che in questa sede possa determinarsi un approfondimento del sindacato sui fatti complessi.

E non a caso evoca subordinatamente l'eccesso di potere, poiché, pur non pervenendo al pieno sindacato auspicato, si tratterebbe pur sempre di un *quid pluris*, nell'ambito del generale controllo sulla discrezionalità, rispetto alla insindacabilità giudiziaria.

Sarà proprio questo percorso subordinato che, sin dalla prima giurisprudenza, compresa quella annotata da Cammeo, finirà per consolidarsi, mentre sempre problematico appare ancor oggi il rapporto tra sindacato giudiziario e discrezionalità tecnica, specie quando l'amministrazione si presenta nella veste di convenuta (180).

(179) Ancora, ad es., Cass., Sez. Un., 28 febbraio 1918, in *Giust. amm.*, 1918, III, 21, che distingue, ai fini del risarcimento, l'omessa manutenzione dal «modo», non sindacabile, di «come la pubblica amministrazione, nell'orbita della discrezionalità tecnico-legale, abbia adempiuto all'obbligo della manutenzione delle strade», trattandosi appunto di «quella discrezionalità tecnica, che non è soggetta al sindacato giurisdizionale del magistrato ordinario, salvo il ricorso gerarchico e quello presso gli organi della giustizia amministrativa. nei casi e secondo le condizioni dalla legge stabilite», o Cass., Sez. Un., 28 dicembre 1921, *ivi*., 1921, III, 88, che, sempre ai fini risarcitori, non ritiene sindacabile la discrezionalità tecnica riguardante le misure di tutela del buon regime delle acque pubbliche.

(180) Ad es., riguardo al contrasto di giurisprudenza sull'efficacia probatoria, nel giudizio avente ad oggetto l'azione di risarcimento del danno, della valutazione espressa, quanto

Affermare dunque che la discrezionalità tecnica sia stata *sic et simpliciter* insindacabile di fronte al giudice amministrativo sarebbe, sul piano storico e positivo, un grossolano errore. Vero è invece che la discrezionalità tecnica è sempre stata sindacabile, come pure si è detto in giurisprudenza, *ab antiquo* (181), purché, così come nel controllo della discrezionalità *tout court*, non si superi il limite del merito, come anche può evincersi *medio tempore* da una cristallina pronuncia dell'Adunanza plenaria del 1964, che, nel riaffermare la sindacabilità dei giudizi di avanzamento degli ufficiali, sottopone *generaliter* la discrezionalità tecnica, allo stesso modo di quella amministrativa, ai principi dell'eccesso di potere, sicché esemplificando possono venire in rilievo il travisamento del fatto, la coerenza logica del procedimento valutativo del tecnico, sia nei presupposti di fatto e nelle loro qualificazioni tecniche e giuridiche, sia rispetto a precedenti giudizi, anche ai fini della disparità di trattamento (182).

al nesso causale fra emotrasfusione e insorgenza della patologia, dalla Commissione medica ospedali per il diritto all'indennizzo *ex lege* n. 210 del 1992, solo con Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, si afferma che la suddetta valutazione, se fa piena prova, *ex* art. 2700 c.c., dei fatti che la Commissione attesta essere avvenuti in sua presenza o dalla stessa compiuti, non costituisce una prova legale quanto alle valutazioni, alle diagnosi, alle manifestazioni di scienza o di opinione, espresse dall'organo tecnico, che il giudice può apprezzare, senza, però, attribuire alle stesse il valore di vero e proprio accertamento; Cass., 15 giugno 2018, n. 15734 ha tuttavia ritenuto inapplicabile tale principio al caso in cui l'azione risarcitoria venga proposta nei confronti del Ministero della Salute, perché in detta fattispecie, nella quale le parti del giudizio coincidono con quelle del procedimento amministrativo, sicché l'accertamento della Commissione qui vale anche come prova legale (nonché Cass., 5 ottobre 2018, n. 24523; 30 giugno 2020, n. 13008, e 17 novembre 2021, n. 34885); distinguo, da ultimo, sconfessato da Cass., Sez. Un., 6 luglio 2023, n.19129, per inciso, nel caso di specie, in favore dell'amministrazione, nel senso che si è ritenuto non vincolante, pur valendo come prova presuntiva, il giudizio positivo per il privato della Commissione, rinviando al giudice di merito per una rivalutazione del nesso causale.

(181) Cons. Stato, 2 novembre 1993, n. 961: «la Sezione osserva che il potere di disporre o meno l'inquadramento in un livello superiore si caratterizza per la discrezionalità tecnica del giudizio che va effettuato, in ordine alla sussistenza dei presupposti sanciti al riguardo dalla legge. L'esercizio di tale forma di discrezionalità deve basarsi su canoni di coerenza, di ragionevolezza e di logica, come *ab antiquo* ha evidenziato la giurisprudenza di questo Consiglio».

(182) Cons. Stato, Ad. Plen., 22 maggio 1964, n. 11: «La discrezionalità, anche se ampia, (…) non esclude il sindacato di legittimità: ché anzi lo strumento più penetrante

Ma perché la nostra giurisprudenza amministrativa è sempre rimasta ferma alla via subordinata dell'eccesso di potere e non ha mai passato il guado nel senso auspicato in via principale da Cammeo?

Sul piano storico-sistematico, fondamentale è certo la connessione con quanto avveniva negli ordinamenti cugini, e specie in quello francese da cui traiamo origine, e cioè la riconduzione della discrezionalità tecnica al potere pubblico e alle sue prerogative.

Ma deve anche evidenziarsi, nelle vicende nazionali, il concorso dell'estrinseco motivo del riparto di giurisdizione.

Come è noto, la distinzione tra atto vincolato e atto discrezionale fu uno dei principali strumenti usati dalla Cassazione, dopo la istituzione della IV Sezione, per provare a incardinare la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico alla luce della legge del 1865. Si comprende dunque bene che la riconduzione della discrezionalità tecnica agli elementi discrezionali e non vincolati della fattispecie esprimesse, sin d'allora, una inevitabile propensione del giudice amministrativo al fine di asseverare la propria giurisdizione.

Ancora oggi, nell'inopportuno riemergere di tale distinzione nel giudice della giurisdizione ([183]), il punto si ripropone negli stessi termini. Non ha così remore la Cassazione, per affermare

di tale sindacato, e cioè l'indagine per la ricerca dell'eccesso di potere, si esplica appunto laddove il potere amministrativo si eserciti discrezionalmente, per evitare appunto che la discrezionalità affidata per il conseguimento dell'interesse pubblico si trasformi in arbitrio. Né il carattere tecnico degli elementi apprezzabili nel giudizio di avanzamento può attribuire al giudizio stesso il contenuto esclusivo di una valutazione tecnica e come tale sottratta al giudice della legittimità», sicché tali valutazioni devono essere conformi ai «principi della legittimità dell'azione amministrativa». In altre parole, per quanto «il vaglio tecnico (…) non può essere sindacato dal giudice amministrativo», in realtà, «anche di fronte a valutazioni tecniche il giudice della discrezionalità amministrativa non è disarmato», ma può verificare se siano considerati «gli elementi di fatto prescritti», se vi è «travisamento del fatto», se «il procedimento valutativo del tecnico si sia svolto secondo un coerente sviluppo logico (…) sia con riguardo ai passaggi dei presupposti di fatto, alle loro qualificazioni giuridiche o tecniche, e cioè incidendo nell'iter stesso della valutazione, sia con riguardo alla coerenza del giudizio a precedenti o successive manifestazioni della realtà valutata», se vi è «illogicità manifesta» o «contraddittorietà».

([183]) M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere*, cit.

la giurisdizione del giudice ordinario, a sostenere che non è di impedimento alla configurazione di un atto vincolato la presenta di profili di discrezionalità tecnica (184), così come, in direzione opposta, il giudice amministrativo, oltre a contestare in radice che l'atto vincolato sia di ostacolo alla propria giurisdizione (185), è mosso pur sempre a valorizzare l'assunto che la discrezionalità tecnica sia espressione di potere (186), al pari di come si ricaverebbe dalla sussistenza della, pur distinta (187), discrezionalità pura o amministrativa, a maggior ragione poi ove si presentino fattispecie miste di convivenza delle due discrezionalità (188).

Tutto questo peraltro nell'estrema contraddizione in cui cade la stessa Cassazione che non rifugge al contempo dal farsi giudice dell'eccesso di potere giurisdizionale, vagliando se il giudice amministrativo nel sindacare la discrezionalità tecnica abbia o meno invaso il merito, fino ad asseverare che la CTU non possa essere esperita per andare alla ricerca della soluzione (189).

La storia sulla discrezionalità tecnica non è dunque altro che un capitolo della storia giurisprudenziale dell'eccesso di potere,

(184) Ad es. Cass. (ord.), Sez. Un., 13 maggio 2022, n. 15370 parla di «discrezionalità tecnica vincolata» e 18 gennaio 2022, n. 1390 o 13 novembre 2019, n. 29459, di «mera discrezionalità tecnica».

(185) Cons. Stato, 3 ottobre 2022, n. 8434; Corte Giust. amm. Sic, 19 dicembre 2022, n. 1279. Ma v. in precedenza anche Cons. Stato, 30 novembre 1973, n.1140, per il quale «non necessariamente (…) ad una posizione di interesse legittimo del privato deve fare riscontro un potere dell'amministrazione di carattere discrezionale (...) Invero può ben darsi che l'esercizio di potere o di una potestà sia un certo quel modo necessario una volta che si verifichino determinati presupposti».

(186) Così, ad es., Cons. Stato, 3 dicembre 2025, n. 9518: «un apprezzamento tecnico-scientifico intrinsecamente opinabile (…) conforma chiaramente la posizione soggettiva dell'utente in termini di interesse legittimo».

(187) Sulla distinzione, ad es., Cons. Stato, 26 giugno 1987, n. 388, o di recente 5 dicembre 2022, n. 10624.

(188) Ad es. Cons. Stato, 11 aprile 2006, n. 2001, in materia di rinnovo di una concessione mineraria, «si tratta di una fattispecie, in cui dopo la valutazione tecnica, l'amministrazione ha comunque dovuto effettuare la scelta della misura più idonea ai fini del soddisfacimento del pubblico interesse (c.d. discrezionalità mista). Entrambe le valutazioni sono pienamente sindacabili dal giudice amministrativo, sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità delle comparazioni effettuate, sia sotto l'aspetto tecnico della correttezza dei dati acquisiti e delle conseguenti valutazioni».

(189) Cass., Sez. Un.,12 maggio 2017, n. 11804.

ove, a seconda, da un lato, delle fattispecie interessate, e, d'altro, delle propensioni del giudice amministrativo, possono ravvisarsi vari gradi e sfaccettature di approfondimento del sindacato alla luce dei principi (190).

In questo senso, le ricorrenti diatribe sul carattere forte o debole del controllo, o sul suo carattere estrinseco o intrinseco, possono, quando sono messe in campo, avere al più un senso tutto concretistico rispetto alle fattispecie o alle tipologie di fattispecie prese in considerazione per manifestare una volontà più o meno interventista del giudice, ma, nella misura in cui pretendono di rappresentare alternative di carattere generale, appaiono invece del tutto sterili, nulla togliendo o aggiungendo a quel confine impredeterminabile tra discrezionalità sindacabile e merito, da sempre rimesso al libero convincimento del giudice amministrativo nella varietà, singolare o per tipi di fattispecie, delle controversie rimesse al suo vaglio, che si tratti della discrezionalità amministrativa o della discrezionalità tecnica (191).

(190) Che si tratti, tanto per esemplificare, della macroscopica illogicità (Cons. Stato, 22 gennaio 1976, n. 101), irrazionalità dell'iter logico-giuridico del giudizio (Cons. Stato, 1 marzo 1977, n. 169), inesistenza dei presupposti di fatto o macroscopica incoerenza logica (Cons. Stato, 17 novembre 1978, n. 1158), disparità di trattamento (Cons. Stato, 4 gennaio 1983, n. 3), illogicità e carenza di motivazione, poiché altrimenti gli atti tecnico discrezionali sarebbero allora configurabili come liberi nel fine e sottratti a qualsivoglia controllo, il che si pone in contrasto con i principi dell'ordinamento amministrativo (Cons. Stato, 9 gennaio 1986, n. 7), illogicità, palesi incongruenze, disparità di trattamento rilevabili *prima facie* (Cons. Stato, 7 marzo 1986, n. 153), non coincidenza tra la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione e l'assoluta libertà nella scelta (Cons. Stato, 11 aprile 1988, n. 319), manifesta irrazionalità (Cons. Stato, 18 aprile 1988, n. 233), razionalità della valutazione (Cons. Stato, 18 febbraio 1991, n. 160), ricostruzione della realtà che rispetti i canoni della logica e della coerenza (Cons. Stato, 4 aprile 1991, n. 231) esternazione degli elementi che hanno giustificato la scelta, onde consentire la verifica della ragionevolezza dell'atto (Cons. Stato, 3 aprile 1990, n. 326), coerenza, ragionevolezza e logica (Cons. Stato, 2 novembre 1993, n. 961), palesi incongruenze e irrazionalità (Cons. Stato, 28 maggio 1996, n. 685), manifesta irragionevolezza o erroneità nei presupposti (Cons. Stato, 27 maggio 1997, n. 570), valutazioni manifestamente incoerenti o irragionevoli (Cons. Stato, 10 dicembre 1998, n. 1733), e così via.

(191) Non a caso, di recente, M. RAGUSA, *Il giudizio di fatto nel processo amministrativo di annullamento*, Napoli, 2025, 274, mette bene in evidenza che si tratta «soltanto di definizioni», che «non rappresentano un approdo definitivo né sicuro, se non altro perché, non di rado, il metodo di indagine realmente impiegato dal giudice sembra smentire, in

Non si vede così cosa vi sia di storico in una nota pronuncia del 1999 (192), che «anche alla luce di autorevole dottrina» prospetta «una riconsiderazione dell'argomento»: si spezza (apparentemente) il nesso tra discrezionalità tecnica e merito (193), in quanto «la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma — soltanto perché opinabile — in una questione di opportunità», sicché «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo» (194). Sarebbe stata storica, se si fosse con ciò passato il guado, come auspicava Cammeo, se cioè la discrezionalità tecnica fosse stata del tutto estromessa dal *genus* della discrezionalità e ricondotta *tout court* all'applicazione della norma con un potere pieno anche sostituivo di cognizione da parte del giudice, ma così non è, atteso che col criterio della attendibilità si finisce, anche in presenza di altre soluzioni possibili, per dare prevalenza alla opinione attendibile dell'amministrazione, residuando così pur sempre una riserva, per quan-

tutto o in parte, quello dichiarato», tanto che «per comprendere la reale *ratio* delle decisioni (…) è necessario andare oltre le dichiarazioni di principio riportate nelle motivazioni (spesso le uniche valorizzate nella massimazione), e scendere a un livello di analisi più concreto. Solo così emerge un panorama giurisprudenziale ben più ampio e sfumato di quanto non appaia attraverso le consuete etichette classificatorie», sottolineando in definitiva «che in materia di discrezionalità tecnica non sia possibile definire in astratto il minimo imposto e il massimo consentito alla revisione giurisdizionale».

(192) Ad es. Cons. Stato, 11 dicembre 2025, n. 9799, «a seguito della storica sentenza 601 del 1999, è stato per la prima volta ammesso il sindacato cd. intrinseco sulla discrezionalità tecnica e, dunque, della sua ampiezza».

(193) Peraltro in questo senso sembrerebbe già andare l'isolata e dimenticata pronuncia di Cons. Stato, 14 dicembre 1976, n. 1499: «Il T.A.R., infatti, ha ritenuto, erroneamente, che la valutazione fatta dalla amministrazione sull'estensione della distanza tra i due edifici producesse il merito amministrativo. È da dire, invece, che la c.d. opportunità amministrativa non viene minimamente coinvolta in un giudizio del genere, perché questo concerne semmai la c.d. discrezionalità tecnica, pienamente sindacabile in sede giurisdizionale».

(194) Cons. Stato, 9 aprile 1999, n. 601.

to relativa e non assoluta (altrimenti del tutto insindacabile), di amministrazione e dunque uno spazio di merito amministrativo ([195]), tanto è vero che la giurisprudenza successiva si è mossa inequivocabilmente in tal senso ([196]), se non all'occorrenza tornando

([195]) Non a caso, correttamente, a commento di tale pronuncia, D. De Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1180, osserva che il Consiglio di Stato «mostra una certa (ragionevole) preoccupazione di salvaguardare un minimo spazio riservato all'amministrazione allorché le sue valutazioni appaiono appunto opinabili ma non inattendibili», sicché, in definitiva, «la portata della sentenza in commento appare meno dirompente di quanto certamente non sarebbe potuto essere se l'applicazione della teoria dei concetti giuridici indeterminati fosse stata integrale».

([196]) Cons. Stato, 15 luglio 2019, n. 4990: «il giudice (sia pure all'esito di un controllo intrinseco, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»; Cons. Stato, n. 10624/2022, cit.: «quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. È ben possibile per l'interessato — oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedimentali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere — contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica. Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato»; Cons. Stato, 6 agosto 2024, n. 7001, riguardo all'esistenza di un interesse culturale, la discrezionalità tecnica «è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile»; Cons. Stato, 11 marzo 2025, n. 1992: «L'attività espressione di discrezionalità tecnica è sindacabile da questo Giudice quanto alla sussistenza dei presupposti di fatto e al percorso logico-giuridico seguito, appunto basato sul criterio del 'più probabile che non', con il limite di non poter sostituire una valutazione opinabile con altra valutazione opinabile. Sicché, in presenza di due valutazioni opinabili, entrambe verosimili, questo Giudice non può preferire una valutazione rispetto all'altra (prescelta dalla stazione appaltante».

a massime del tutto similari a quelle tradizionali (197).

Ci sembra quindi che, in questa enfasi per il citato precedente del 1999, vi siano consiglieri di Stato che conoscono più di dottrina che della loro tradizione, facendosi malamente condizionare da quell'errata vulgata per la quale il giudice amministrativo non era un giudice del fatto (198), mentre ci troviamo al più di fronte a modulazioni, sempre a loro volta rimodulabili, del controllo della discrezionalità (199), né più né meno di quanto, nel corso della

(197) Cons. Stato, 16 aprile 2025, n. 3328: «Non si disconosce che a seguito di una decisione storica del Consiglio di Stato (cfr. sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601) il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione può svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni compiute da quest'ultima (sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo) ma cionondimeno è comunque pacifico che il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali deve essere svolto nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non a sostituire la valutazione tecnica dell'amministrazione (nel qual caso si sconfinerebbe inammissibilmente nel merito dell'attività amministrativa)»; Cons. Stato, 27 gennaio 2026, n. 677, sulla «discrezionalità tecnica della Commissione di gara, i cui esiti non sono sindacabili se non in caso di manifesta illogicità»; Cons. Stato, 27 gennaio 2026, n. 675, riguardo all'interesse culturale di un bene occorrono «profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere l'inattendibilità della valutazione tecnico-discrezionale compiuta»; Cons. Stato, 26 gennaio 2026, n. 609, «l'ampio margine di discrezionalità tecnica che caratterizza la valutazione dell'ente previdenziale sul riconoscimento di una situazione di crisi, di modo che le scelte dell'Amministrazione sono sindacabili soltanto se evidentemente illogiche, manifestamente incongruenti, inattendibili ovvero viziate da travisamento in fatto»; Cons. Stato, 21 gennaio 2026, n. 475, «la valutazione di interesse pubblico della realizzazione di un intervento in deroga alle previsioni dello strumento urbanistico è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui l'Amministrazione dispone in materia e dalla quale discende la sua sindacabilità in sede giurisdizionale solo nei ristretti limiti costituiti dalla manifesta illogicità e dall'evidente travisamento dei fatti».

(198) Cons. Stato, 15 luglio 2019, n. 4990: «Questa tipologia di sindacato — che può definirsi di attendibilità tecnica e non sostitutivo — ha indubbiamente avuto il merito di allontanare definitivamente il processo amministrativo dal paradigma del contenzioso amministrativo, improntato non al metodo istruttorio di fondare il proprio accertamento sul raffronto tra la realtà e la rappresentazione che di essa fa l'amministrazione, bensì muovendosi all'interno della rappresentazione della realtà descritta nel provvedimento»; nonché Cons. Stato (parere), 22 gennaio 2026, n. 166.

(199) Cons. Stato, 22 ottobre 2004, n. 6947: «Più di recente, è però prevalsa una diversa e più aperta impostazione giurisprudenziale, alla stregua della quale il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto

sua storia, il giudice amministrativo ha sempre fatto nell'ambito dell'eccesso di potere. Né ci sembra di per sé segno di chissà quale svolta che si adotti il criterio della attendibilità, poiché ciò sta già nei principi che impongono di vagliare la logicità dell'iter decisionale dell'amministrazione, il che, come si è visto nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del 1964, vale anche ove tale logicità debba vagliarsi alla luce di criteri tecnici o scientifici. Né in fondo si finisce per rimanere lontani dal criterio dell'opinabilità, poiché, in presenza di più soluzioni possibili, tutte in ipotesi frutto di un procedimento corretto, rispunta, come si è visto, il merito e la giurisprudenza fa prevalere l'opinione dell'amministrazione. Non siamo cioè lontani da quanto ci diceva Orlando a proposito in generale dell'apprezzamento del fatto: «dove è possibile un diverso opinamento e una diversa valutazione» si tratterebbe di una «questione di merito» (200).

La verità rimane invero sempre quella tradizionale dell'origine graziosa. Il giudice amministrativo è, come si è detto in altra occasione, un «cacciatore dell'arbitrio» (201) e arriva o si ferma dove ritiene ragionevole ed equo, essendo il *dominus* del confine tra discrezionalità e merito.

Ma, messa da parte la riconduzione *tout court* alla norma e stando al dato positivo del confluire nel *genus* della discrezionalità, occorre pur sempre chiedersi se nella storia della discrezionalità tecnica non possa emergere qualcosa di peculiare rispetto alla stessa discrezionalità amministrativa.

Anche all'interno della discrezionalità tecnica non si può certo generalizzare e occorre tenere sempre conto della varietà delle fattispecie. Nel complesso si ha tuttavia l'impressione che proprio il contenuto tecnico o scientifico di tale discrezionalità abbia

il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. (cfr. IV Sez. 9.4.1999 n. 601)».

(200) Anche V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, cit., 670, collegava concetti indeterminati, come ad es., quello di pericolosità, alla discrezionalità, osservando che da ciò «non discende che sia inattuabile un giudizio, sia pure in senso improprio, quasi venissero completamente a mancare i criteri onde risolverlo».

(201) M. Mazzamuto, *Pour une défense du droit administratif*, cit.,11 ss..

potuto costituire un ostacolo suppletivo alla cognizione del giudice amministrativo, tanto che sembrerebbe persino più semplice e fattibile rendere, all'occorrenza, più penetrante il sindacato sulla discrezionalità amministrativa, trattandosi di questioni con le quali il giudice può avere una più immediata dimestichezza.

Nella giurisprudenza francese, a cavallo tra XIX e XX sec., sintomatico è che Hauriou (202) fornisca una sfilza di casi, dal 1891 al 1920, la cui caratteristica è che il *Conseil d'État* si preclude il sindacato sul fatto perché ci si trova di fronte a commissioni speciali. E se, per la più parte, ciò sembrerebbe potersi giustificare col fatto che la legge avrebbe attribuito a tali commissioni dei «*poteri definitivi* per l'apprezzamento dei fatti», sicché il «*Conseil d'État*, giudice dell'eccesso di potere, stima che si abbia una separazione delle competenze che gli interdice di tornare sui fatti per verificarne la materialità», in altri casi, sempre di fronte a commissioni speciali, questa giustificazione non sussiste, il che rende poco comprensibile la preclusione, se al contempo il *Conseil d'État*, con l'eccesso di potere, continuava ad applicare il controllo sui fatti nelle fattispecie comuni.

Si ha così l'impressione che a pesare nel sempre incerto confine tra discrezionalità e merito stesse soprattutto quella difficoltà di cognizione rispetto al contenuto tecnico o scientifico e, a maggior ragione, in presenza di organismi tecnici specializzati o ad elevata qualificazione, così come oggi può anche ravvisarsi nei riguardi delle sopravvenute autorità amministrative indipendenti.

Di ciò si può avere persino riscontro nella nostra risalente giurisprudenza.

Così la IV Sezione non si limita ai casi in cui ritiene che esuli dal suo sindacato di legittimità vagliare «circostanze che non solo appartengono al merito, ma non possono essere valutate che per via di giudizio tecnico militare» (203) o vagliare la «censura del giudizio di merito» del parere dell'Ispettorato di Sanità militare

(202) M. Hauriou, *Violation de la loi*, cit., *passim*.

(203) Cons. Stato, 2 luglio 1897, n. 267, in *Giust. amm.*, 1897, I, 510.

sul quale si è fondato il provvedimento impugnato (204). Si mostra infatti un analogo *self-restraint* financo nei casi di giurisdizione di merito, in astratto suscettibili di una più piena cognizione, se, ad es., si ritiene che il giudice «non avrebbe modo di contrapporre un proprio diverso apprezzamento sulla condizione di fatto e sulla portata dei valichi alpini, a quello competente ed esauriente del Consiglio Superiore dei LL. PP.» (205), sicché sembrerebbe che, non operando qui i limiti del sindacato di legittimità, sia piuttosto la difficoltà a fronteggiare un grande corpo tecnico dell'amministrazione a divenire determinante.

Significativo è anche un altro precedente (206).

Riguardo alla classificazione delle strade provinciali da parte del Consiglio Superiore dei LL. PP si afferma che, in sede di legittimità, la IV Sezione «non può spingersi fino al punto di convertire il ricorso in un giudizio di fatto, massimamente dove questo giudizio sarebbe in gran parte dipendente da apprezzamenti di carattere tecnico». In realtà, il giudizio sul fatto non era affatto precluso, come mostra tutta la coeva giurisprudenza sull'eccesso di potere, e neanche lo era in questo caso, poiché, al di là della perentorietà che caratterizza spesso le conclusioni delle pronunce, nel corpo della motivazione si affermava che «di fronte a queste non equivoche e reiterate affermazioni dei corpi competenti, emesse sulle relazioni dei tecnici locali, occorrerebbe una dimostrazione concludente per combattere gli apprezzamenti dei corpi consultivi che sono stati adottati dal decreto impugnato. Ma la Deputazione provinciale nel suo ricorso si restringe a una semplice negativa» (207).

(204) Cons. Stato, 4 giugno 1897, n. 221, *ivi* ,210.

(205) Cons. Stato, 13 settembre 1895, n. 350, *ivi*, 1895, I, 406

(206) Cons. Stato, 3 luglio 1896, n. 308, in *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, 1896, III, 354.

(207) Nulla di diverso, da quanto afferma tutt'oggi la giurisprudenza: Cons. Stato, n. 10624/2022 cit. Ma v. in precedenza, ad es., anche Cons. Stato, 4 aprile 1975, n. 438: «va osservato che la valutazione della necessità e dell'urgenza del ricovero di un infermo come pure della durata del ricovero stesso è affidata alla discrezionalità tecnica dei sanitari, il cui giudizio non può essere smentito, peraltro, da una mera affermazione contraria,

Ciò che colpisce, ai fini del nostro discorso, è semmai l'affermazione che l'impedimento al giudizio sul fatto si presenti «massimamente» per i giudizi tecnici.

Sembra dunque che si trovino già qui le tracce di un ostacolo più concreto che di principio al sindacato sulla discrezionalità tecnica, quasi che il giudice, ieri come oggi, sia consapevole di avere risorse materiali e conoscitive impari rispetto a quelle di cui gode l'amministrazione e dunque spesso troppo limitate per fronteggiare questi pronunciamenti tecnici, tanto che, all'occorrenza, è la verificazione ad essere lo strumento privilegiato o, se si intende chiudere il processo, ben si presta l'accoglimento del ricorso per difetto di istruttoria e di motivazione o per profili di illogicità che lasciano ancora una margine di scelta, affinché sia sempre l'amministrazione a rinnovare il giudizio tecnico. Né ci sembra che l'odierna previsione della CTU, ove in ipotesi utilizzabile, possa comunque essere sufficiente, al di là di singoli casi, a compensare *generaliter* questo squilibrio.

Ritornano così in mente le indicazioni di diritto comparato che ci offriva Cammeo nel 1902: «la giurisprudenza di tutti questi paesi tende ad ammettere un sindacato sulla discrezionalità tecnico-amministrativa, ogni qual volta almeno le indagini non siano troppo difficili». Del resto, il carattere tutto concreto di questa difficoltà si nasconde già nel distinguo tra fatti semplici e fatti complessi, dove è l'aggettivazione a pesare (semplici o complessi) sul sindacato, non il *genus* (i fatti) che è il medesimo.

In ciò giocano certo anche altri fattori.

Anzitutto la tradizionale rapidità che caratterizza per ovvie ragioni di tutela dell'interesse pubblico il giudizio amministrativo e che verrebbe pregiudicata da un generalizzato appesantimento dell'istruttoria processuale. Ancora nella riforma della 2000, nel rinviare per la giurisdizione esclusiva ai mezzi di prove processualcivilistici, si imponeva di tenere conto della «specificità» del

non confortata da circostanziati elementi di fatto».

processo amministrativo e delle «esigenze di celerità e concentrazione del giudizio» (art. 7, l. n. 205/2000).

Ma non va neanche negletta l'attenzione che il giudice amministrativo presta alle conseguenze delle proprie decisioni, non potendo ignorare se una certa modulazione del sindacato possa rivelarsi disfunzionale rispetto all'esercizio di una determinata funzione amministrativa nei rapporti con la giurisdizione, sia rispetto al caso concreto scrutinato, sia rispetto al ripetersi di decisioni amministrative in casi similari. Si faccia un semplice esempio: sarebbe ragionevole che per un concorso universitario si ricorra ad una CTU con la quale si affidi ad un professore di esprimere un giudizio sulla qualità scientifica dei titoli? Certamente no, sia in quanto i componenti della commissione, per la loro veste accademica, sono per definizione al vertice delle conoscenze e non si vede perché dovrebbe essere più attendibile il giudizio di un pari scelto come consulente, sia in quanto altrimenti ogni concorso porterebbe inevitabilmente ad un'impugnazione in cui il tutto verrebbe sempre rimesso a quel professore consulente, che ha la stima, bene o mal riposta, dei giudici e che si ergerebbe ad una sorta di superbarone universitario. Si comprende dunque facilmente perché la giurisprudenza qualifichi come questioni di merito le censure ai giudizi scientifici, limitandosi a sindacarne la manifesta illogicità.

In definitiva, la discrezionalità tecnica è sindacabile con i principi dell'eccesso di potere, né appare ragionevole andare oltre in termini generali, poiché passare il guado di Cammeo produrrebbe, sempre che in effetti praticabile con i mezzi di cui dispone il giudice amministrativo, l'effetto troppo schematico di una continuativa ingerenza sostitutiva, il che, da un lato, si tradurrebbe, con scarso realismo, in un eccessivo ostacolo di carattere sistematico all'azione amministrativa, d'altro lato, e soprattutto, finirebbe per delegittimare lo stesso giudice amministrativo, da quando almeno, nella forma istituzionale, esso da organo grazioso è divenuto organo giurisdizionale. Altro è invece che frammentariamente, nella necessaria elasticità dell'eccesso di potere, possa in concreto financo pervenirsi ad una piena ingerenza per ragioni

di giustizia, frutto del convincimento del cacciatore dell'arbitrio nello spostare all'occorrenza, in linea con la preziosa sostanza della tradizione graziosa, il limite tra discrezionalità e merito.

In tutto questo, se, per grandissime linee, è ravvisabile una particolarità del sindacato sulla discrezionalità tecnica nella storia dinamica dell'eccesso di potere, essa quindi può forse individuarsi in un sindacato tendenzialmente più prudente rispetto al sindacato della stessa discrezionalità amministrativa, e ciò in ragione non tanto di una preclusione di principio, bensì dell'obiettiva maggiore difficoltà insita nell'oggetto del sindacato, a misura e graduazione dell'importanza dei corpi tecnici dell'amministrazione interessati e della complessità delle questioni (208).

8. I pericoli di irrigidimento normativo e di involuzione autoritaria delle recenti generazioni di giudici amministrativi.

Nella vulgata o almeno in una parte di essa, in consonanza con la moda civilizzante, è facilmente riscontrabile l'idea che, in omaggio al principio di legalità, più si disciplina per via legislativa il processo amministrativo, più si dà al giudice amministrativo la veste di una vera giurisdizione, nel segno della certezza, della riduzione dell'arbitrio e dunque di un'autentica tutela del cittadino, come se — par di sognare — il Consiglio di Stato, con la sua storia, avesse bisogno di un *surplus* di legittimazione.

Anzi, la predeterminazione normativa delle regole processuali è a volte considerata ancor più importante di quella delle regole sostanziali (209).

Va subito chiarito che non si condivide in alcun modo l'affrontare il problema guardando alla giurisdizione *tout court*, poi-

(208) Non è a caso che, persino nell'ordinamento tedesco, ove nel corso del Novecento si affermò l'idea che la discrezionalità tecnica appartenesse ai presupposti della norma, sul piano pratico, la giurisprudenza abbia finito per mostrare segni similari di *self restraint*: v., al riguardo, D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

(209) Così ad es. F. Saitta, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 343.

ché, lo si ripete ancora, la giustizia amministrativa ha una propria storia e l'approccio generalista, secondo quanto, in ipotesi, predicabile per la giurisdizione ordinaria, penale o civile, può condurre soltanto ad effetti travisanti o dannosi.

La suddetta vulgata ignora anzitutto che la necessaria elasticità del giudice pretore è una condizione che riguarda in un tutt'uno sia il diritto sostanziale, sia il diritto processuale. La diffidenza ottocentesca degli amministrativisti per la codificazione della parte generale era in questo senso comprensiva, puntando al giudice pretore anche come inventore del proprio processo (210). Del resto, in una giurisprudenza pretoria è del tutto naturale che sostanza e processo siano fortemente compenetrati.

In questi ultimi decenni gli scimmiottamenti civilizzanti hanno invece guadagnato campo nel segno dell'irrigidimento: dall'adozione di un codice del processo amministrativo al rafforzamento della funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria, secondo quel semplificato modellino, rispetto alla complessità del sistema giuspubblicistico, del giudice che applica la legge. Tutte cose di cui sarebbe stato di gran lunga preferibile fare a meno.

Ma ciò che soprattutto si ignora è che, contrariamente all'immaginario dei pensatori geometrici e generalizzanti dell'idea di giurisdizione, quanto più si irrigidisce il sistema della giustizia amministrativa, quanto più si riducono le *chance* di tutela del cittadino.

Si prenda, ad es., tutta quella corrente dottrinaria che ha inseguito l'obiettivo di garantire un giudizio unico e definitivo, in modo che, sull'esempio della giurisdizione civile, il cittadino sappia subito, una volta e per tutte, ciò che gli spetta o che non gli spetta. Come si è osservato in altre occasioni (211), ciò che sem-

(210) É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol. I, VII, afferma che «Il legislatore ha voluto che fosse così; ha dichiarato più volte, e non senza motivo, che il contenzioso amministrativo non poteva essere rinchiuso nelle formule rigide dei testi legislativi. Per questo ha conferito al Consiglio di Stato una delega molto ampia per definire, tramite la sua giurisprudenza, le regole del diritto applicabile alle liti amministrative».

(211) Ad es., M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione*, cit., 310.

brerebbe un incremento della tutela si risolverebbe facilmente nel suo contrario, poiché il giudice, messo di fronte all'immediatezza di un giudizio tranciante, sarebbe costretto, in presenza anche di un briciolo di discrezionalità, a rigettare il ricorso. Non possiamo dunque che ritenerci fortunati se la fumisteria dell'introdotta azione di adempimento lasci pur sempre come condizione di ammissibilità il residuare di uno spazio di discrezionalità, sicché, in tal caso, potrebbe derivarne soltanto una pronuncia in rito e non un giudicato sostanziale in danno del cittadino.

È invece proprio nell'elasticità, di un giudice che ha la possibilità, a seconda delle circostanze, di graduare il proprio sindacato e i vizi accolti, che si offrono ulteriori *chance* di tutela: meglio avere questa *chanc*e, pur con l'eventuale costo di fronteggiare più di un giudizio, che non averla affatto.

Ovviamente quella del giudizio amministrativo è una elasticità che, per altro verso, non preclude affatto che, in prima o in ulteriore battuta, l'effetto conformativo sul riesercizio del potere amministrativo possa coprire per intero i presupposti dell'atto, grazie alla valenza sostanzialmente condannatoria che, come si è osservato in altra occasione (212), hanno tutte le pronunce del giudice amministrativo, sempre suscettibili di ottemperanza, quale che ne sia il dispositivo (di annullamento o altro).

L'istruttoria processuale non sfugge alla medesima *ratio*: come si è già detto, l'elasticità dell'istruttoria non è in tal senso altro che uno strumento dell'elasticità equitativa del giudizio (213) e del bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, come pure può ricavarsi dalla giurisprudenza (214), nel segno di

(212) M. Mazzamuto, *Le tecniche di attuazione*, cit., 292.

(213) Non si condivide dunque di recente F. Saitta, *La distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, tra principi e regole*, in *Il Processo*, 2025, 130.che ribadisce l'opinione già espressa in precedenza in favore di un maggior intervento legislativo nell'istruttoria per delimitare la discrezionalità del giudice amministrativo.

(214) Così Corte Giust. amm. Sic, n. 29 giugno 1989, n. 239, ove la formula del principio dispositivo con metodo acquisitivo viene declinato nel senso che, da una parte, «il ricorrente deve poter conseguire *iussu iudicis* l'accesso al materiale probatorio in possesso dell'Amministrazione che sia necessario per dimostrare la fondatezza della

favorire il più possibile il ricorrente.

Fa così una certa impressione vedere a volte giudici amministrativi che in luogo di stare alla tradizionale flessibilità dei principi si attaccano, come se fossero dei giudici civili, al metodo tutto esegetico della interpretazione della lettera delle quattro normette del codice, con il pericolo di ricavare, qua e là, rigide soluzioni generalizzanti.

Sullo sfondo vi è anche un altro motivo di preoccupazione.

Specie per responsabilità della dottrina universitaria, di giuspubblicisti dimentichi della propria tradizione o che ne hanno fatto oggetto di liquidatori travisamenti, la moda pluridecennale del filoprivatismo autoritario ha finito per permeare la formazione di diverse generazioni di giuristi e dunque anche di giudici amministrativi. Si ha così non di rado la sensazione di trovarsi di fronte a consiglieri di Stato affetti o, sarebbe più esatto dire, traviati da una *forma mentis* civilistica, con tutto ciò che inevitabilmente ne può conseguire in termini di riduzione della tutela, come, ad es., può ravvisarsi nella pessima prova data dall'Adunanza plenaria a proposito della *vicinitas* (215). L'analfabetismo della tradizione

sua pretesa; e — dall'altra — che il processo amministrativo ha anche la funzione di assicurare la giustizia nell'amministrazione, ai sensi dell'art. 100 Cost., e cioè di assicurare un giusto contemperamento degli interessi pubblici e privati oggetto dell'attività amministrativa».

Non coglie il valore storico-sistematico di quest'ultima indicazione, rimanendo colto dalle solite geometrie A. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 297, anche in nota, che, a commento della pronuncia, parla di «un'espressione verbale che, seppur dotata di fascino, pare piuttosto astratta», «oltre che non del tutto precisa dal punto di vista tecnico-processuale» poiché «sembra arbitrario estendere all'ambito dei criteri che devono reggere l'operato del giudice sino alla decisione, un principio — quello del contemperamento degli interessi pubblici e privati — che riguarda la regola di condotta della P.A, e quindi elaborato con riferimento alla funzione amministrativa sostanziale».

(215) Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, sulla quale M. MAZZAMUTO, *La malasorte della vicinitas: ulteriore segno dei tentativi di rottura della gloriosa tradizione della giustizia amministrativa*, in *Studi in oncore di Filippo Salvia*, a cura di G. CORSO - M. IMMORDINO, Napoli 2022, 471 ss. Non può così che dissentirsi radicalmente da quanto da ultimo ritenuto da L. BERTONAZZI, *Per il superamento della legittimazione da* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2026, 35 ss., che vorrebbe rimandare alla sola qualificazione normativa degli interessi, con il che si determinerebbe una chiara involuzione autoritaria della

purtroppo oggi non è più soltanto, come si è già avuto occasione di evidenziare ([216]), riferibile all'accademia, ma di riflesso anche ai giudici amministrativi, di chi avrebbe dovuto essere invece in prima fila nel salvaguardare il proprio glorioso patrimonio istituzionale. Mi ha sempre molto colpito al riguardo quanto, in una chiaccherata informale, mi rappresentava diversi anni fa un ex consigliere di Stato: se gli odierni consiglieri possono ancora recare tratti della tradizione, ciò è ormai un frutto inconsapevole del loro operato.

Tutto questo ha trovato anche alimento nell'altro rivolo di una politica di reclutamento dei consiglieri di Stato che guarda sempre meno alla provenienza amministrativa e sempre più a quella giurisdizionale, pure, di male in peggio, imbarcando all'occorrenza ex consiglieri di Cassazione. Si dimentica ancora una volta la peculiarità dei giudici dei pubblici poteri e che solo chi proviene dall'amministrazione può aggiungere quell'insostituibile apporto conoscitivo per consentire un vero e profondo sindacato alla ricerca dell'arbitrio, così come, *mutatis mutandis*, il nostro giudice delle leggi è, non a caso, composto non da soli giudici, ma anche da personalità provenienti dal mondo politico, per meglio sindacare la discrezionalità del legislatore.

Non meno dannosa è la tendenza a contrastare la possibilità che i consiglieri di stato, come se fossero dei semplici giudici ordinari, svolgano incarichi governativi, non solo privando il governo della nazione del loro tradizionale e prezioso apporto, presumibile garanzia anticipata di competenza e imparzialità, così

giustizia amministrativa, buttando alle ortiche la tradizione garantista di due secoli di storia, in nome di un malinteso e illiberale legicentrismo democraticistico.

Non mancano tuttavia indici giurisprudenziali che sembrano volerne ridimensionare la portata del *revirement*, valorizzando i casi di immediatezza della vicinanza, sull'esempio della giurisprudenza francese (Corte Giust. amm. Sic., 20 dicembre 2022, n. 1296, 16 gennaio 2023, n. 48 e 6 marzo 2023, n. 177), o di contiguità (Cons. Stato, 23 settembre 2025, n. 7480; Corte Giust. amm. Sic., 22 dicembre 2025, n. 1011).

([216]) M. Mazzamuto, *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario,* in *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando* reloaded, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, Milano, 2020, 309 ss.

come da sempre avviene in sede consultiva (217), ma eliminando altresì un'altra importante fonte di conoscenza dell'amministrazione, che si accompagnava anche qui a quella consultiva (218), ai fini di un migliore esercizio della funzione giurisdizionale.

Tracce di autoritarismo non sono però solo rintracciabili nella moda privatistica (219), ma anche, e con un ulteriore capitombolo dei paradigmi travisanti, in una parziale riesumazione di una *ratio* autoritaria del mai realizzato modello della giurisdizione obiettiva. È quanto sembra potersi ricavare da un recente contributo di un valente consigliere di Stato (220). Di contro ad un presunto effetto civilizzante del codice si offre un condivisibile quadro sistematico improntato ancora alla specialità del processo amministrativo, tanto che l'istruttoria continuerebbe a far capo ad una disciplina «autonoma e unitaria», segnata da «peculiarità strutturali» e dunque da «una fisionomia apprezzabilmente differente da quella del processo civile». Così, ad es., si evidenzia la natura «tutta processuale» del regime delle prove, rispetto alla ripartizione civilistica tra dimen-

(217) Già nel XIX sec., a proposito del Governo monarchico-costituzionale «la cui essenza sta nella divisione e ponderazione dei poteri, ed il cui ordinamento è vieppiù perfetto laddove la responsabilità ministeriale è con opportune cautele circondata, acciò non trasmodi in atti arbitrari od inconsiderati», si valorizzavano le varie funzioni consultive del Consiglio di Stato, «in guisa che la responsabilità del Governo sia tanto più grave in quanto che l' atto fu preparato colla maturità di un ponderato ed imparziale consiglio»: Cons. Stato (parere), 27 marzo 1861, in *Rivista amministrativa del regno*, 1861, 556 ss..

(218) Non meno chiaro nella tradizione era che la funzione consultiva e quella contenziosa fossero di ausilio l'una all'altra, dunque anche a vantaggio di quest'ultima. Ancora valido è quanto si affermava nel rapporto Dumon del 1843, citato da L. Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel*, Parigi, 1876, 127: «Noi crediamo che la riunione delle due funzioni del Consiglio di Stato è favorevole all'esercizio di entrambe. Si preparano meglio le decisioni amministrative quando si ha l'esperienza delle difficoltà contenziose che possono far nascere; si risolvono meglio le difficoltà contenziose quando si conosce lo spirito delle decisioni amministrative».

(219) Vedi per una, pur ben fatta, esercitazione di schematismo civilistico, che non ci si aspetterebbe da un giudice amministrativo, G. Serra, *L'onere della prova nel processo amministrativo*, in *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 211 ss., che pretende con ciò di accedere ad una «moderna» concezione della prova. Verrebbe da dire che sarà pur moderna per l'ordito privatistico, ma non si vede perché essa debba costituire un paradigma ordinante il sistema della giustizia amministrativa.

(220) G. Carlotti, *op. cit.*, *passim*.

sione statica (sostanziale) e dinamica (processuale); la difficoltà di distinguere tra fatti primari e secondari; il mantenimento di una posizione «potenzialmente più interventista» del giudice amministrativo rispetto a quello civile, riconducendo il metodo acquisitivo al principio inquisitorio, come sarebbe ricavabile dall'obbligo di collaborazione dell'amministrazione, anche se non costituita (art. 46, comma 2), e ciò per la presenza di interessi pubblici la cui tutela esige elementi di giurisdizione obiettiva. Persino il tradizionale ruolo anche processuale del giudice pretore non appare invero accantonato, se il codice, per quanto incrementando la disciplina normativa rispetto al passato, presenta pur sempre un carattere «snello», fatto di poche disposizioni, e si presta dunque ad essere «completato, ancor oggi» dal contributo giurisprudenziale.

Se si fa un confronto astratto con i *patres* può apparire che, nei contenuti strutturali, siano più le similitudini che le differenze, né impressiona di per sé che si evochi la tutela dell'interesse pubblico, unitamente alla correlativa sussistenza di elementi di giurisdizione obiettiva, poiché, come si è detto, nella giuspubblicistica liberale anche un siffatto modello nascondeva in realtà la volontà di mantenere un sistema garantista (221).

È entrando in taluni rivoli che si coglie tuttavia una serpeggiante attitudine autoritaria: il regime del principio di prova e della disponibilità viene predicato parimenti a favore dell'ammi-

(221) Così può evidenziarsi come il costrutto inquisitorio di Carlotti coincida con quello di G. Zanobini, *op. cit.*, II, 296, che, nel confronto col giudice civile, osservava che «Il giudice amministrativo, invece data la prevalenza del pubblico interesse nel relativo giudizio, è investito di funzioni inquirenti (…) in modo da assicurare la massima possibile chiarezza e certezza intorno alla realtà dei fatti» e che «l'amministrazione, nel fornire i vari elementi istruttori, abbandona la sua qualità di parte, per riprendere quella di autorità che collabora col giudice alla ricerca del vero e alla formazione di una sentenza giusta». Con l'avvertenza che siffatto assunto, in un nipote della giuspubblicistica liberale palermitana, ha solo un'apparenza di autoritarismo, qui probabilmente più necessitata per un manuale scritto in epoca fascista, tanto è vero che le pronunce citate a corredo in nota da Zanobini riguardano controversie nelle quali il Consiglio di Stato accoglie i ricorsi per eccesso di potere, dunque, come nella realtà della tradizione, nel segno di un'attitudine inquisitoria che in concreto opera principalmente in funzione non della «prevalenza del pubblico interesse» ma della tutela del ricorrente.

nistrazione, nei cui confronti sarebbe altresì configurabile il soccorso istruttorio del giudice; si sminuisce la posizione di disparità del cittadino, che oggi gode dei rimedi della trasparenza, anzi la disparità si presenta a volte capovolta, quella di un'amministrazione debole di fronte a poteri privati.

In altre parole, si prende, pur solo in parte, il modello di giurisdizione obiettiva e, facendo questa volta coincidere l'apparenza con la sostanza, lo si fa proprio di contro all'ispirazione liberale del modello della storia reale della giustizia amministrativa, ove elasticità e propensione inquisitoria sono stati principalmente utilizzati in funzione della tutela dei ricorrenti, di un'autentica e originaria giustizia subiettiva.

Affermare che bisogna tenere conto dell'interesse pubblico non è affatto una novità, perché la considerazione di tale interesse ha sempre fatto parte del bilanciamento: cosa fa immancabilmente il giudice amministrativo, specie nel momento delicato della cautela da cui dipendono le sorti della tutela in forma specifica, se non saggiare il peso degli interessi coinvolti? Ma da quei rivoli evocati sembra che dell'interesse pubblico si auspichi una maggiore considerazione, come se vi fosse al riguardo non una occasionale, ma una strutturale debolezza dell'amministrazione da compensare, dimenticando che il compito storico del giudice amministrativo non sta tanto o soltanto nel farsi carico, come è ovvio, dell'interesse pubblico, che ha già dalla sua parte l'esercizio dei poteri amministrativi, ma sta anzitutto nel dare al ricorrente una *chance* di tutela, indagando seriamente, e con la massima elasticità equitativa, se e in che misura ciò sia possibile.

E senza tralasciare che l'interesse pubblico ancor prima di essere oggetto di tutela e quindi di bilanciamento con l'interesse privato costituisce già un limite dell'azione amministrativa. È in tal senso a sproposito che si critica l'idea che il giudice amministrativo sia giudice dell'interesse pubblico, come se fosse un segno di autoritarismo, poiché tutt'al contrario e a differenza dell'interesse espressione dell'autonomia privata del cui perseguimento nessun terzo può avvalersi, l'interesse pubblico è oggetto di sindacato e

di ciò ne trae già un indiretto vantaggio il ricorrente che invece di tale sindacato può avvalersi per contestare la legittimità del provvedimento.

È certo inevitabile che a volte, specie quando vengono in gioco interessi pubblici di primaria importanza, l'indagine del giudice possa in qualche modo agevolare l'amministrazione, sino all'estremo, che sarebbe di regola patologico, di un giudice che si sostituisce nel dare un proprio fondamento al provvedimento impugnato o *motu proprio* o grazie ad un'ammessa eccedenza dei chiarimenti richiesti all'amministrazioni (222), finendo così, tra l'altro, per elidere l'eventuale rilievo dei vizi di difetto di istruttoria e di motivazione. Non esistono sistemi perfetti. Ciò che conta è però che sul piano sistematico l'attitudine generale sia rispondente a quel compito storico di tutela del cittadino.

Desta così sconcerto che, con un capovolgimento parificatorio e sulla base di un approccio esegetico puramente letterale, si prospetti di valorizzare il fatto che l'art. 64, comma 1, faccia riferimento alle parti senza distinzioni, di contro all'orientamento tradizionale che ha sempre o quantomeno principalmente guardato alla sola tutela del ricorrente (223). Una cosa è che occasionalmente l'approfondimento officioso possa in qualche modo favorire l'amministrazione, altra cosa è affermare in generale che l'onere della prova attenuato, unitamente alla possibilità di un soccorso istruttorio giudiziale, varrebbe anche per l'amministrazione. Un'idea del genere significherebbe depotenziare in radice l'onere, pur di incerta latitudine, che l'amministrazione ha di accertare i presupposti di fatto e di diritto delle proprie decisioni, e ne deriverebbe inaccettabilmente che *de plano* si possa consi-

(222) G. Corso, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, appendice, Torino, 2003, 8: «L'efficacia probatoria dei chiarimenti è limitata dal principio, formulato da una giurisprudenza assolutamente prevalente, che vieta all'amministrazione di integrare attraverso le difese giudiziali la carente motivazione dell'atto impugnato».

(223) Corte Giust. amm. Sic., 29 giugno 1989, n. 239: «nel caso inverso — in verità eccezionale — di materiale probatorio in possesso del ricorrente e favorevole all'Amministrazione, questa non possa invece chiederne al giudice l'acquisizione, in mancanza di una norma che lo consenta».

derare sufficiente un provvedimento sostenuto da un principio di prova, sempre integrabile, in giudizio, con l'aiuto del giudice.

Desta non meno sconcerto che, probabilmente a causa delle ideologie diffuse in questi ultimi decenni, nell'odierna giurisprudenza, o almeno in una sua parte, si ravvisino pronunce che, dietro le statuizioni conclusive di inammissibilità di censure che investirebbero il merito amministrativo, nascondano non un giudice che abbia provato a mettervi dentro le mani, che cioè abbia svolto seriamente il suo mestiere di cacciatore dell'arbitrio, nel senso quantomeno di verificare se sussistano delle ragioni di approfondimento, come era di solito ricavabile, in modo più o meno esplicito, dal tessuto motivazionale delle pronunce tradizionali, bensì un giudice che trova un facile e tranciante motivo di rigetto del ricorso a tutela dell'amministrazione.

Non sfugge peraltro l'impressione che in ciò, a detrimento della sacra funzione della giustizia, possa anche giocare la condizione di giudici ormai ossessionati dallo smaltimento dei carichi di lavoro e dalla produttività, cioè da quella «ragioneria giurisdizionale» cui, in altra occasione ([224]), si è fatto riferimento.

9. Principio di prova, disponibilità della prova, non contestazione, argomenti di prova, trattamenti differenziati a seconda delle posizioni soggettive e delle azioni, più probabile che non, regola di giudizio.

Ragionare sui principi di un gigantesco patrimonio secolare dovrebbe essere, almeno per chi scrive, sufficiente, senza bisogno di attribuire particolare importanza alla esegesi delle quattro normette del codice, cui solo per completezza, malvolentieri, ci sottoporremo.

Sono queste quattro normette che infatti, nello scimmiottare frammenti di disciplina processualcivilistica, hanno creato in taluni una grande suggestione, come se da ciò, indipendentemente dal re-

([224]) M. MAZZAMUTO, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in *Prospettive della giustizia amministrativa*, cit., 41 ss..

sto e soprattutto dal quadro storico-sistematico della giustizia amministrativa, possa farsi derivare un sostanziale accomunamento all'ordito del processo civile. A parte la dottrina, desta pure, in chi scrive, il più vivo disappunto incrociare a volte pronunce dei giudici amministrativi che si limitano, senza bisogno d'altro, ad evocare indici civilistici (225), o che ne fanno menzione quasi come a dare per scontato che essi siano direttamente applicabili al processo amministrativo (226). Il disappunto nasce non tanto dai richiami in sé stessi, fin quando essi abbiano essenzialmente una valenza *ad colorandum*, quanto perché da essi sembra appunto emergere, parimenti a certa dottrina, l'ideologia di una ben più densa indicazione di comunanza sostanziale tra giudizio amministrativo e giudizio civile, segno palpabile dell'influenza esercitata da decenni di deriva filo-privatistica. È sbalorditivo che vi siano consiglieri di Stato che non si avvedano del come insistere in una siffatta attitudine non potrebbe portare che ad una despecializzazione e infine ad una disparizione della giustizia amministrativa: un autentico *harakiri* e soprattutto un gravissimo danno per la tutela dei cittadini.

A ben vedere, le previsioni codicistiche sono alquanto inconcludenti, così come sono inconcludenti gli assunti di coloro che vorrebbero valorizzarle, se con ciò si intenda prospettare un capovolgimento di paradigma.

L'inconcludenza è ascrivibile ad almeno due ordini di considerazioni.

In primo luogo, secondo un diffuso convincimento, la stessa lettera del codice non offre in effetti indicazioni univoche, poi-

(225) Ad es. Cons. Stato, 29 gennaio 2026, n. 779, senza manco citare il c.p.a., afferma che «la ripartizione dell'*onus probandi* così declinata è conforme anche al canone pretorio, che informa in concreto la modulazione e l'applicazione della regola astratta ed elastica di cui al citato art. 2697 c.c., di vicinanza (o di riferibilità o prossimità) della prova (SS.UU. Cass. civ., sez. unite, 30 ottobre 2001, n. 13533 sulla prova dell'inadempimento dell'obbligazione)».

(226) Ad es., Cons. Stato, 31 marzo 2025, n. 2671 «La decisione adottata dal Giudice di primo grado non è, pertanto, censurabile anche tenuto conto dell'art. 2697 del codice civile (…), dell'art. 115, comma 1, del codice di procedura civile (…) e dell'art. 64, commi 1 e 2, del codice del processo amministrativo».

ché, accanto alle tracce civilizzanti, rimangono in campo tracce riconducibili alla tradizione. Non è cioè ravvisabile una chiara e decisa discontinuità. Questo dovrebbe già far riflettere. Nei decenni antecedenti al codice, la dottrina si era ampiamente prodigata nell'approfondire alla luce delle concatenazioni civilistiche il processo amministrativo per come era stato ereditato, senza mai pervenire a risultati realmente soddisfacenti e incisivi, sicché il fatto di avere adesso di tali concatenazioni dei riferimenti letterali nel codice non è realmente utile a mutare i termini e gli esiti delle questioni.

In secondo luogo, non sono ravvisabili cambiamenti strutturali nell'assetto complessivo del sistema giuspubblicistico che possano giustificare un avvicinamento alla classica sequenza dell'ordito civilistico, foss'anche quest'ultimo vestito dalle più recenti tendenze pretorie della giurisprudenza civile.

Al riguardo è anzitutto fondamentale, guardando anche al di fuori e prima del processo, fare riferimento alla predeterminazione della fattispecie sostanziale e del riparto obiettivo dell'onere della prova, ovvero sia alla premessa maggiore della sequenza civilistica.

A poco serve infatti evocare, sotto questo profilo, il principio di legalità, se le leggi amministrative non sfuggono normalmente a quei caratteri di insufficienza che le segnano da almeno due secoli. È questo un aspetto che si tende ad ignorare e che invece continua ad influire su tutto il sistema, rendendo futili o difettosi i percorsi *per saltum* di coloro che pensano di potere disquisire direttamente e autonomamente dei meandri più interni dell'istruttoria processuale e della regola di giudizio, tanto più se, come mostra la storia, quei caratteri di insufficienza sembrano costituire una invariante del diritto pubblico moderno e contemporaneo.

Così, ad es., sulla scorta del modello civilistico, si era già tentato nella dottrina precodicistica, come si è visto, di far gravare sul ricorrente, secondo le sue autonome scelte, l'adempimento di un onere di allegazione che comprendesse, oltre i fatti primari, anche quelli secondari, con conseguente limitazione anche per

quest'ultimi dei poteri di acquisizione del giudice, ma non sembra che ciò abbia mai condotto a risultati tangibili. Non è un caso che di recente si ritrovi ancora l'affermazione di come appaia difficile adottare la distinzione tra fatti principali e secondari nel processo amministrativo (227), e ciò in definitiva, come è stato ben rilevato, perché la distinzione «presupporrebbe la previa determinazione legale delle fattispecie sostanziali», tanto che proprio del ricorrente difetto di tale previa determinazione sembrerebbe tenere conto il codice, non imperniando immediatamente la formulazione dell'art. 64, comma 1, sull'allegazione del fatto, a differenza che nell'art. 2697 c.c. (228). E se in ipotesi della distinzione ci si possa occasionalmente avvalere, ciò, secondo la giurisprudenza, non impedirebbe affatto l'acquisizione officiosa dei fatti secondari (229). Nulla dunque di nuovo sul punto (230).

Si vorrebbe attribuire rilevanza al citato art. 64, comma 1 («spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità»), inteso come riproduttivo dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., unitamente al criterio pretorio, qui invece codificato, della vicinanza/disponibilità della prova, con una conseguente riduzione dei poteri officiosi del giudice.

(227) G. Carlotti, *op. cit.*, 64.

(228) A. Panzarola, *op. cit.*, 161.

(229) Così Cons. Stato, 10 ottobre 2018, n. 5911: «se l'introduzione dei fatti principali (per tale intendendosi quelli posti a fondamento delle domande e delle eccezioni) è opera esclusiva delle parti (art. 64, comma 1, c.p.a.), sembra conseguirne che il Giudice non possa spingersi alla verifica di fatti, che pure gli appaiono rilevanti ai fini del decidere, se non dedotti dalle parti, salvo che si tratti di fatti secondari (ovvero dedotti in funzione esclusivamente probatoria)»; già T.A.R. Lombardia Milano, 6 maggio 2011, n. 1205, e 7 novembre 2013, n. 2481. O, prima del codice, ad es. T.A.R. Veneto Venezia, 19 ottobre 2007, n. 3336, T.A.R. Puglia Bari, 4 dicembre 2002, n. 5407: «secondo le regole processuali, è onere di chi prospetta una domanda, dare la prova o principio di prova del fatto che pone a base della domanda, salvo il potere del giudice di integrare l'attività istruttoria introducendo fatti secondari rappresentativi dei fatti principali affermati e allegati dalla parte».

(230) Poco si comprende, se non come un forzato omaggio alla tesi benvenutiane, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2026, 279, ove si afferma, riguardo alla possibilità che «i fatti secondari possano essere introdotti anche dal giudice», che «nella giurisprudenza e nella dottrina prevale l'orientamento negativo» e che già prima del codice, «anche la loro allegazione doveva essere riservata alle parti».

Non vi è forse norma sull'istruttoria più densa di suggestioni e di incertezze.

In primo luogo, contemplare che spetti alle parti l'onere della prova può, come l'art, 2967 c.c., avere un significato solo come norma di rimando alle fattispecie sostanziali, ma se, lo si ripete ancora, come avviene normalmente nel sistema pubblicistico, la fattispecie sostanziale non è al riguardo di ausilio, l'utilità *in parte qua* della prescrizione si svuota. Poco vi è dunque da compiacersi per i civilizzatori di questo suggestivo, quanto sterile rispecchiamento.

In luogo dell'art. 2967 c.c. è allora il criterio della disponibilità che potrebbe *in toto* supplire, recuperando nella sede processuale, in luogo del difetto della previa sede sostanziale, un criterio di riparto obbiettivo che attraverserebbe tutte le fattispecie. In tal caso, il giudice amministrativo continuerebbe a effettuare il riparto (processuale) dell'onere della prova, ma, questa volta, sulla base appunto di un criterio obiettivo, così come sulla base di tale criterio verrebbe ad essere condizionata la modulazione dei poteri officiosi del giudice, ponendo un limite alla componente inquisitoria.

È bene subito precisare che anche a voler, in ipotesi, ritenere che la disponibilità della prova sia divenuto il criterio ordinante dell'istruttoria amministrativa, rimarrebbe una distanza siderale dal processo civile. Una cosa è un sistema, quello civilistico, nel quale tale criterio intervenga occasionalmente, in via sussidiaria ([231]), come correzione equitativa di un riparto della prova che di regola ha pur sempre a monte una predeterminazione sostanziale nelle norme cui rimanda l'art. 2967 c.c., altra cosa sarebbe, in ipotesi, un sistema, quello amministrativo, nel quale tale criterio costituisca l'unico parametro del riparto. Del resto la dottrina processualcivilistica non sembra aver mai prospettato per il proprio

([231]) V. anche M. RAGUSA, *op. cit.*, 188, nota, che, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, condivisibilmente dissente da C. SERENI LUCCARELLI, *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, Bologna, 2024, 140 ss., che nel principio di vicinanza individua una sostanziale identità tra processo civile e processo amministrativo.

processo che il criterio della disponibilità possa divenire sostitutivo e non soltanto correttivo dell'art. 2697 c.c. (232).

Né, nella stessa parte in cui si applica il criterio della disponibilità, ci si può avventurare in facili richiami alla giurisprudenza civile: come si è già evidenziato, non si vede cosa mai potrebbe ricavarsi da calibrature riguardanti rapporti paritari tra privati per il ben diverso mondo in cui confliggono interesse pubblico e interesse privato e dove insiste la variabile di un'amministrazione che ha pur sempre, per quanto di incerta latitudine, un obbligo di accertamento dei presupposti di esercizio dei propri poteri.

Se già queste obiezioni preliminari sono di ostacolo a qualsivoglia accomunamento sistematico tra i due processi, è, in radice, lo stesso assunto che la disponibilità della prova possa assurgere a criterio ordinante a non essere affatto di piana configurazione.

Il primo aspetto di grave incertezza è dovuto al fatto che la norma evoca non solo la «disponibilità», ma anche gli «elementi» di prova. Il rapporto tra questi due riferimenti letterali può infatti dar luogo ad interpretazioni antitetiche.

Si potrebbe pensare che il riferimento agli elementi non precostituisca un *quantum* fisso, ma sia una variabile dipendente dalla disponibilità. Il metro di misura cioè sarebbe di volta in volta relativo a quanto, poco o molto, sia nella disponibilità, che diverrebbe appunto il criterio sovraordinato. Non a caso si finisce in quest'ottica per ritenere a volte che il codice, abbracciando il criterio della disponibilità, avrebbe al contempo abbandonato quello del principio di prova. Il principio di prova perderebbe cioè ogni autonoma valenza, traducendosi al più in una possibile concretizzazione del criterio della disponibilità, quando cioè si abbia la disponibilità del solo principio di prova. Anzi, si potrebbe per questa via anche giustificare quella giurisprudenza che tradizionalmente neanche esige un principio di prova, ma si accontenta della sola rappresentazione attendibile dei fatti (233), sempre che

(232) Si veda: A. Panzarola, *op. cit.*, 210, nota.

(233) V. ancora al riguardo C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 49; R. Villata, *op. cit.*, 222.

nella giurisprudenza tale larghezza sia realmente riconducibile all'indisponibilità dello stesso principio di prova e non invece, come ci sembra, ad un'autonoma attitudine equitativa.

Ma con ciò si sta in sostanza dicendo che il legislatore avrebbe inutilmente evocato gli elementi, atteso che allora sarebbe stato del tutto sufficiente menzionare l'onere della prova di cui si ha la disponibilità, similarmente alla più asciutta lettera all'art. 2967 c.c., pur integrata dalla giurisprudenza civile sulla vicinanza/disponibilità della prova.

L'esegesi può infatti andare in tutt'altra direzione. Non si può certo dire *de plano* che il riferimento agli elementi sia in sé casuale o eccentrico, potendosi invece facilmente riportare al passato, cioè, persino nella sua letteralità, a quegli stessi elementi di cui parlava Raggi, sicché l'onere della prova era nel processo amministrativo «quantitativamente» diverso da quello imposto nel processo civile, o, *mutatis mutandis*, a quel principio di prova di cui parlava Cammeo e di cui la giurisprudenza ha sempre fatto applicazione. E non si vede perché mai una disposizione ambigua, che non contiene quindi una inequivoca volontà innovativa, debba essere letta in contrasto con una tradizione centenaria: in un ordinamento giuridico serio i principi non si possono far saltare con qualche giochetto esegetico di comodo.

La stessa giurisprudenza continua del resto ad evocare il principio di prova, unicamente al criterio meno gravoso per il ricorrente della sola attendibilità dei fatti rappresentati e della specificità dei motivi ([234]). Si tratta di un dato, nella quantità e nella

([234]) Cons. Stato, 16 marzo 2026, n. 2158: «secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, nel processo amministrativo, pur operando il principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo, la parte ricorrente è comunque tenuta ad offrire quantomeno un principio di prova o ad allegare circostanze concrete idonee a consentire al giudice l'attivazione dei poteri istruttori, non potendo il metodo acquisitivo tradursi in una surrettizia inversione dell'onere probatorio né nella sostituzione del giudice alla parte onerata (Cons. Stato, 30 aprile 2020, n. 2761; 10 aprile 2020, n. 2374; 8 maggio 2023, n. 4596; 5 marzo 2025, n. 1883). Ne consegue che non è sufficiente dedurre in via generica un vizio dell'azione amministrativa, occorrendo invece indicarne il profilo specifico e le circostanze fattuali dalle quali possa desumersi la sua effettiva sussistenza, a pena di inammissibilità per genericità della censura (Cons. Stato, 20 marzo 2023, n. 2285; 7

varietà delle fattispecie, così diffuso e persistente da rendere già del tutto velleitaria l'idea che l'adozione codicistica del criterio della disponibilità abbia fatto venir meno il criterio del principio di prova. E poco importa se la categoria appaia dommaticamente insoddisfacente: se ne trovi altra che si preferisce, purché la *cosa* rimanga quella che è.

Ma ancor più significativo, in tale direzione, è che persino quando la giurisprudenza ricorre esplicitamente al criterio della disponibilità per gravare dell'onere probatorio il privato non ne fa di per sé derivare l'assorbimento di quello del principio di prova. Così, ad es., pur se si afferma che spetta al privato, in base alla disponibilità/vicinanza, la prova della data di realizzazione del manufatto edilizio abusivo (235), si ritiene ancora sufficiente che vengano soltanto offerti «elementi rilevanti» (236), ovvero sia un principio di prova, in tal caso spettando semmai all'amministrazione offrire una prova contraria (237).

L'assunzione della disponibilità come criterio esclusivo incontra in ogni caso un altro ostacolo difficilmente superabile e relativo a ciò che ne dovrebbe costituire l'esito finale, ovvero sia una limitazione dei poteri officiosi del giudice, la cui misura andrebbe appunto subordinata alla sola indisponibilità della prova.

Si è ben evidenziato (238) che il permanere di profili inquisitori troverebbe, tra l'altro, chiara conferma nel dovere di collaborazione dell'amministrazione, «anche quando (…) giovino alle tesi difensive del ricorrente», parimenti a quanto già osservava

dicembre 2022, n. 10713; 29 novembre 2022, n. 10483)». Per qualche riferimento al principio di prova, da ult., *ex multis*: Cons. Stato, 20 marzo 2026, n. 2377; 19 marzo 2026, n. 2362; 19 marzo 2026, n. 2357; 17 marzo 2026, n. 2277; 17 marzo 2026, n. 2208.

(235) Ad es., Cons. Stato, 6 febbraio 2019, n. 903: prova che «solo il privato può fornire (in quanto ordinariamente ne dispone e, dunque, in applicazione del principio di vicinanza della prova)».

(236) Cons. Stato, 23 novembre 2023, n. 10054, che offre una ricostruzione del quadro giurisprudenziale.

(237) Cons. Stato, 21 ottobre 2022, n. 9010: «qualora la parte onerata abbia fornito sufficienti elementi probatori (…) pure ove non sia raggiunta la certezza processuale sulla datazione delle opere … spetta alla parte pubblica fornire elementi di prova contraria».

(238) G. Carlotti, *op. cit.*, 89.

Orlando sulla deroga, nel processo amministrativo, al principio *nemo tenetur edere contra se*. Significativo sarebbe in tal senso l'obbligo di produrre gli atti procedimentali (art. 46, comma 2) e, in caso di inadempimento, il «doveroso» intervento d'ufficio del giudice (art. 65) ([239]), il che varrebbe, secondo la giurisprudenza ([240]), anche in appello. Si potrà dire che è pur sempre qualcosa di cui l'amministrazione ha la disponibilità, ma si tratterebbe soltanto di una coincidenza, poiché non è questa la *ratio* che muove tali disposizioni, tanto che si prescinde da ciò che, in ipotesi, sia al contempo nella disponibilità del ricorrente. Siamo invece pienamente dentro la tradizione inquisitoria, che storicamente, come si è visto, è stata soprattutto messa a servizio della tutela del ricorrente. Non va peraltro dimenticato che questo obbligo di collaborazione non solo può rafforzare gli assunti del ricorso introduttivo, ma può costituire ragione per allargare il *thema decidendum* con la presentazione di motivi aggiunti.

Significativo è un caso in cui la giurisprudenza ha appunto statuito che l'amministrazione deve comunque dare adempimento al suddetto obbligo collaborativo anche «a prescindere dalle allegazioni documentali fornite dal ricorrente» e dunque a prescindere dalla disponibilità o meno della prova da parte di quest'ultimo ([241]).

([239]) Già V. Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 19 ss., con riferimento all'obbligo di produzione della p.a. di cui all'art. 21 legge Tar, osservava che si allargano così significativamente *ex lege* gli *alligata*, oltre a quanto allegato dalle parti, e ne vengono «ampliati enormemente i poteri di ufficio del giudice».

([240]) Cons. Stato, 9 novembre 2020, n. 6862: «Secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, la preclusione probatoria di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a. non si riferisce al deposito del provvedimento impugnato e dei documenti correlati, trattandosi di adempimento doveroso ai sensi dell'art. 46, comma 2, c.p.a., che legittima il giudice (anche d'appello) ad acquisire d'ufficio gli atti» (v. anche Cons. Stato, 3 novembre 2022, n. 9651; 25 gennaio 2023, n. 849). Non mancano anche casi in cui viene censurato l'operato del giudice di prime cure che non ha provveduto ad emanare l'ordine *iussu iudicis* ai sensi dell'art. 65 cit.: Cons. Stato (ord.), 26 ottobre 2021, n. 7173.

([241]) Cons. Stato, 6 marzo 2025, n. 1899, che riforma il rigetto di prime cure, motivato dalla mancata produzione da parte del ricorrente della documentazione posta a supporto delle sue censure, in quanto, in disparte il fatto che «la documentazione attestante i servizi concretamente svolti dal ricorrente nell'ultimo quinquennio non era ragionevolmente nella sua immediata disponibilità», resta che «ad ogni modo» la p.a. avrebbe dovuto adempiere all'obbligo di produzione di cui all'art. 46, comma 2, «a prescindere

Anzi, ciò ci conferma come un ricorso possa non meno andare a buon fine sebbene il ricorrente si sia limitato a ad una ricostruzione attendibile dei fatti e non abbia dunque allegato neanche un principio di prova, potendo pur sempre contare su quanto risulterà dalla documentazione che l'amministrazione è tenuta a produrre.

In altro caso, non meno significativo, di un giudizio di appello, se ne può avere conferma *a contrario*. Così come ricordava Nigro, la giurisprudenza, anche oggi, lascia sempre aperta la porta al suo libero convincimento, sicché dall'inadempimento dell'amministrazione «non può automaticamente ricavarsi la fondatezza della domanda del privato» (242). Si è così statuito che «l'affermazione dell'originario ricorrente, non suffragata da documenti idonei e nella sua disponibilità, non può essere ritenuta comprovata dal mancato deposito da parte dell'amministrazione resistente delle domande e dei provvedimenti autorizzativi delle installazioni. In una fattispecie di tal fatta, invece, sarebbe spettato al giudice intervenire con i suoi poteri officiosi, per colmare il deficit probatorio del ricorrente, disponendo l'acquisizione della documentazione in possesso dell'amministrazione. Questione, però, che in assenza di appello incidentale da parte dell'originario ricorrente non fa parte del presente *thema decidendi*, e che, pertanto, non può essere apprezzata in questa sede». È discutibile che qui non si sia provveduto all'acquisizione d'ufficio in appello, ma, ai fini di quanto si va dicendo, è evidente che ben si sarebbe potuto ottenere l'integrazione istruttoria a supporto di un ricorso le cui doglianze erano «non supportate neanche da un principio di prova» di cui il ricorrente aveva la disponibilità («documenti idonei e nella sua disponibilità») e che soltanto per l'omessa impugnazione sul punto il ricorso è rimasto del tutto orfano di prove

dalle allegazioni documentali fornite dal ricorrente»; ed è così, grazie, infine all'ottemperanza all'ordine *iussu iudicis* di cui all'art. 65, comma 3, e alla conseguente integrazione istruttoria, che il ricorso è stato accolto.

(242) Da ult.: Cons. Stato, 4 novembre 2025, n. 8543.

e infine rigettato (243). In altre parole, si parla di una prova di cui nella sua pienezza il ricorrente aveva disponibilità, e nonostante ciò ci si sarebbe pure accontentati di un principio di prova, e persino in assenza di un principio di prova sarebbe stato pur sempre possibile sollecitare i poteri officiosi per ottenere la produzione documentale dell'amministrazione.

Mal posto è anche il tentativo (244) di sminuire i poteri istruttori del giudice amministrativo di cui all'art. 64, comma 3 («Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione») assimilando tali poteri a quelli del giudice civile ai sensi dell'art. 213 c.p.c. A parte il fatto che non si capisce perché tutto quanto può fare il giudice civile d'ufficio rientri sempre nel metodo dispositivo, mentre quel *quid pluris* che potrebbe, in ipotesi, fare il giudice amministrativo sarebbe espressione del metodo acquisitivo e dunque da contrastare, non può non rilevarsi che siamo comunque alle solite: si punta tutto sulla similarità o identità della lettera delle disposizioni, in tal caso tra l'art. 213 c.p.c. e l'art. 64, comma 3, c.p.a., ma in modo decontestualizzato e dunque formalistico. Secondo la giurisprudenza costituzionale e civile, a conferma della distanza tra i due modelli processuali, l'ordine istruttorio ai sensi dell'art. 213 cit. è possibile infatti solo quando l'amministrazione non sia parte del processo (245), mentre è del tutto scontato che l'art. 64,

(243) Cons. Stato, 7 giugno 2016, n. 2441.

(244) L.R. Perfetti, *op. cit.*, *passim*.

(245) Così Corte cost., 19 marzo 2007, n. 109, che, nel quadro di un ridimensionamento legislativo dei poteri inquisitori del giudice tributario e della «piena applicabilità nel processo tributario dell'art. 2697 cod. civ.», ha evidenziato come «la produzione di documenti, oltre che spontanea, possa essere ordinata a norma dell'art. 210 cod. proc. civ. (e, quindi, anche nei confronti di terzi): ed è ovvio che l'esigenza di un'istanza di parte affinché il giudice possa ordinare l'esibizione di documenti è coerente con il principio dispositivo che, anche relativamente alle prove, il legislatore vuole governi il processo tributario e vale ad escludere in radice per il giudice ogni ruolo di supplenza della parte inerte, sia essa l'amministrazione o il contribuente. Né può trascurarsi che, ove necessario, il giudice ha il potere – nei confronti di pubbliche amministrazioni diverse da quella che è parte del giudizio davanti a lui pendente – di chiedere informazioni o documenti ai

comma 3, cit. sia applicabile anche nei confronti dell'amministrazione che sia parte, costituita o non costituita, del processo (246).

Non sembrano neanche particolarmente significativi altri casi di scimmiottamento di norme civilistiche, come nel caso dell'art. 64, comma 2, secondo il quale «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite», e che, a parte l'ovvia omissione del riferimento al pubblico ministero, ha contenuto identico all'art. 115 c.p.c.

Si tratta invero di una norma perfettamente inutile, se con ciò si sia voluto importare la sostanza del modello civilistico. Il rapporto reale tra la regola apparente, cioè il principio civilistico che il giudice decide *iuxta alligata et probata*, e l'eccezione apparente («Salvi i casi previsti dalla legge») va in realtà calibrato in modo direttamente proporzionale alla misura dell'eccezione e dunque all'estensione dei poteri officiosi del giudice, sicché si comprende bene che, stante la permanente larghezza di tali poteri nel processo amministrativo, la forza preclusiva della suddetta regola nei confronti del giudice (247) finisce qui per avere un valore alquanto relativo, confermando la distanza che continua ad intercorrere col processo civile (248).

sensi dell'art. 213 cod. proc. civ., e cioè attivarsi in funzione di chiarificazione dei risultati probatori prodotti dai mezzi di prova dei quali si sono servite le parti». Parimenti Cass., 30 aprile 2019, n.11432, che si riporta all' «insegnamento della Corte costituzionale che, con la decisione n. 109 del 2007, ha rimarcato che presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 210 c.p.c. è l'istanza di parte. Mentre per poter applicare l'art. 213 c.p.c. occorre necessariamente che il destinatario dell'ordine sia una Pubblica Amministrazione estranea al giudizio».

(246) Del resto, già prima di questi pronunciamenti, G. Corso, *Prova*, cit, 7, evidenziava puntualmente, rispetto alla richiesta di chiarimenti all'amministrazione, che «neppure è accettabile il confronto con il mezzo di prova *ex* art. 213 c.p.c. per la semplice ragione che qui l'amministrazione è terza rispetto alle parti, mentre nel processo amministrativo è parte».

(247) Cass. (ord.), 28 dicembre 2023, n. 36320: «La violazione dell'art. 115 c.p.c. può essere dedotta come vizio di legittimità» quando il giudice «ha giudicato sulla base di prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciutigli».

(248) Non convince al riguardo G. Corso, *Prova*, cit., 5 e 10-11, che, se condivisibilmente già evidenziava che «pur potendo le prove essere proposte dalle parti, non si può

Parimenti non pare di particolare rilievo il fatto che il giudice debba porre a fondamento della decisione anche «i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite». Rispetto alle varie interpretazioni che si sono configurate in ambito civilistico (249) dell'analoga previsione contenuta, a seguito della novella del 2009, nell'art. 115 c.p.c., deve senz'altro escludersi che nel processo amministrativo possa configurarsi una prova legale, sicché rimangono solo due possibilità, entrambe rimesse all'apprezzamento del giudice: che si tratti di un argomento di prova o invece di una *relevatio ab onere probandi*.

Sennonché, anche a voler stare, tra le due, alla seconda e più stringente ipotesi, la stessa giurisprudenza civile ha chiarito (oltre al fatto che la non contestazione «non costituisce prova legale, bensì un mero elemento di prova» (250), da valere *a fortiori* per il processo amministrativo) che «il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c., se solleva la parte dall'onere di provare il fatto non specificamente contestato dal convenuto costituito, non esclude tuttavia che il giudice, ove dalle prove comunque acquisite emerga la smentita di quel fatto o una sua diversa ricostruzione, possa pervenire ad un diverso accertamento» (251). E nelle prove «comunque acquisite» rientrano dunque anche quelle cui può pervenire il giudice amministrativo con la larghezza dei poteri officiosi di cui è titolare (252). Non è un caso che nella giurispru-

dire che il giudice amministrativo *debba* porre a fondamento della decisione *solo* quelle prove», d'altra parte, troppo sbrigativamente, a partire dalle notazioni della processualcivilistica su un ampliamento dei poteri officiosi del giudice civile, arrivava ad affermare che non sia ravvisabile nel processo amministrativo «un peculiare metodo acquisitivo, che mancherebbe nel processo civile».

(249) V. F. Follieri, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo,* in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1012 ss.

(250) Cass., 4 aprile 2017, n. 8708.

(251) Cass. (ord.), 6 luglio 2023, n. 16028, richiamata anche da Cons. Stato, 16 giugno 2025, n. 5218, e 22 maggio 2025, n. 4487.

(252) In assenza di prove contrarie «comunque acquisite», dunque, in ipotesi, anche per le vie officiose, non pare possa andarsi al di là di quanto statuito da Cons. Stato, 20 gennaio 2026, n. 428, «I fatti che una parte allega possono essere considerati pacifici, dispensando colui che li deduce dal relativo onere probatorio, solo quando vengono esplicitamente ammessi dall'altra parte o quando questa abbia impostato il suo sistema

denza amministrativa si sia pure statuito come «la disciplina del principio di non contestazione di cui al secondo comma dell'art. 64 cod. proc. amm. si cala all'interno del (e, dunque, presuppone il) metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (*ex* art. 64, commi 1 e 3, cod. proc. amm.)» (253).

Nonostante l'affermata diversità di origine civilistica tra prova e argomento di prova (254), che, per il processo amministrativo, risulterebbe in concreto affetta da rigore troppo schematico, non ci sembra così che si rimanga anche qui tanto lontani dall'elasticità con la quale tradizionalmente il giudice amministrativo traeva argomenti di prova dal comportamento delle parti (255).

La tradizionale logica inquisitoria, anche soltanto astratta e potenziale, come si è visto per l'adempimento di cui art. 46, comma 2, in funzione di strumento di tutela del ricorrente, ha trovato persino rispecchiamento nella vigente disciplina sostanziale del procedimento. È questo un aspetto non sempre adeguatamente preso in considerazione nella ricostruzione sistematica, nonostante sia oramai risalente, come ad es. nel caso di Nigro, l'indicazione di una correlazione dinamica sul piano probatorio tra procedimento e processo.

Il responsabile del procedimento *generaliter* «accerta di ufficio i fatti» (art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990) e, a tal fine, tra l'altro, «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete» (cd. soccorso istruttorio), così come «i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono

difensivo su elementi ed argomentazioni che risultano di per sé incompatibili con il disconoscimento di quei fatti».

(253) Cons. Stato, 11 maggio 2017, n. 2184; 9 dicembre 2024, n. 9822; 12 novembre 2025 n. 8878.

(254) F. Follieri, *op. cit.*, 1015.

(255) Così ancora, prima della novella del 2009 del c.p.c. e dell'avvento del c.p.a., Cons. Stato, 15 maggio 2008, n. 2247: «per costante giurisprudenza, in presenza di un'istruttoria disposta e non adempiuta dalla Pubblica amministrazione, il giudice amministrativo, in applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 116 comma secondo cod. proc. civ., può dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, solo se tale conclusione non si ponga in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa».

acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni» (art. 18, comma 2).

Se normalmente nel diritto amministrativo le fattispecie sostanziali non aiutano nell'individuazione del riparto dell'onere della prova, questa disciplina sul procedimento sembra tendenzialmente volerne fare carico all'amministrazione, tanto da caratterizzare in senso spiccatamente inquisitorio l'istruttoria procedimentale. E a una siffatta tendenza è del resto facilmente da ricollegare il tradizionale vizio di difetto di istruttoria, proprio in quanto vizio di carattere generale.

Ci sembra però troppo ambizioso far derivare da ciò una regola rigorosa, suscettibile soltanto, come si è ritenuto (256), di essere derogata in tutto o in parte da una «norma speciale», nei casi in cui, la fattispecie sostanziale, cosa invero di scarsa frequenza, dovesse chiaramente rimettere l'onere della prova in capo al privato ovvero occorra, come nelle procedure concorsuali, tenere conto della *par condicio* in applicazione del principio d'imparzialità, poiché ci troveremmo così di fronte ad uno schema generale, che, nonostante sia concepito nell'interesse del cittadino, per la sua rigidità rispetto all'elastico bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, non appare adatto al sistema giuspubblicistico. Ma tali indicazioni normative non rimangono però prive del loro rilievo sistematico nell'asseverare una continuità tra inquisizione amministrativa e inquisizione processuale, e principalmente in favore del cittadino, nella misura in cui ogni momento inquisitorio, nell'uno e nell'altro caso, si risolve in un venir meno o in un'attenuazione del suo onere probatorio.

Dall'insieme della superiore disamina può in generale ricavarsi l'impressione che nel complesso ci si continui pur sempre a confrontare col signore della prova (257) e con la dinamica tutta proces-

(256) M. RAGUSA, *op. cit.*, 222 ss.

(257) Che anche dopo l'avvento del codice, il giudice amministrativo sarebbe rimasto «signore della prova», A. ROMANO TASSONE, in *Resoconto del seminario sul libro II (Il processo amministrativo di I grado) del progetto di Codice del processo amministrativo*

suale dell'onere della prova (258), sicché l'utilizzo di categorie tradizionali o di categorie nuove, come quella della disponibilità della prova, finisce, grosso modo e senza rigorose geometrie, per costituire non tanto la premessa ma piuttosto la conseguenza, a mero corredo motivazionale, delle scelte di bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato effettuate dal giudice pretore.

Semmai, se la signoria della prova ha tradizionalmente sempre avuto un occhio di riguardo per il ricorrente, vi sono degli ambiti in cui tuttavia questa *ratio* tradizionale appare oggi messa in discussione.

Nel sistema pubblicistico può anche accadere che in determinati settori del diritto amministrativo speciale le ragioni di interesse pubblico si facciano così imperative da portare a cicli di attenuazione delle garanzie generali.

Così, ad es., può essere ravvisabile un qualche irrigidimento di una parte consistente della giurisprudenza in materia edilizia, riconducibile ad una forte pressione ordinamentale in direzione del contrasto al diffuso abusivismo edilizio (259), o, in materia antimafia, riconducibile, parimenti, ad una forte pressione ordinamentale in direzione, questa volta, del contrasto alla criminalità organizzata (260).

Certo si potrà discettare se un determinato bilanciamento sia in sé discutibile (261), ma il punto che preme qui sottolineare è un

svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'Università degli studi di Messina, a cura di A. Graziano, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 10.

(258) Come ricorda ancor oggi G. Carlotti, *op.cit.*, 56.

(259) Colpisce, ad es., per il tenore troppo rigoroso della motivazione, quasi che fosse un giudice civile, Cons. Stato, 17 marzo 2026, n. 2215: il ricorrente «parte ricorrente, che ha agito in giudizio al fine di provare la propria pretesa circa il bene della vita, avrebbe dovuto fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi della stessa, ivi compresa la circostanza per la quale sussisterebbe, nel caso di specie, il requisito della doppia conformità *ex* art. 36-*bis* del d.P.R. n. 380 del 2001».

(260) Ad es. già Cons. Stato, 19 luglio 2011, n. 4367: «l'interdittiva prefettizia mira all'obbiettivo di mantenere un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa, ed in quanto misura di massima anticipazione dell'azione di prevenzione non richiede che sia dimostrata la intervenuta infiltrazione, essendo sufficiente la sussistenza di un quadro indiziario dal quale sia deducibile il tentativo di ingerenza».

(261) V., ad es., M. Mazzamuto, *Divagazioni sull'abusivismo edilizio tra potere pubblico e* ius aedificandi, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2025; o, con riguardo ai

altro.

Anche a voler ammettere, con spirito pratico, che questo tipo di evenienze possa ritenersi in qualche caso e misura comprensibile o accettabile, occorre pur sempre che si rimanga consapevoli del carattere derogatorio e, si spera, temporaneo di una attenuazione delle garanzie, e che si rifugga dunque dal dare ai relativi costrutti dignità di modelli alternativi, suscettibili di espandersi a detrimento del modello generale di tutela, passando dalla considerazione di strette ragioni di diritto amministrativo speciale a categorie astratte di natura trasversale, come nel caso delle posizioni soggettive o del tipo di azione.

Non può così seguirsi l'idea che l'onere probatorio attenuato valga per gli interessi legittimi, ma non anche interamente per i diritti soggettivi, ove, secondo la giurisprudenza, tale onere andrebbe vagliato con maggior rigore, così come il soccorso del giudice andrebbe considerato una *extrema ratio* (262). In disparte l'argomento che la disciplina dell'istruttoria ha nel codice carattere unitario, si annida qui un equivoco sistematico e cioè che il confronto vada fatto con la più rigorosa disciplina probatoria dei diritti soggettivi di diritto privato, mentre si tratta invero di diritti soggettivi di diritto pubblico e non vi è alcuna ragione per applicare principi diversi nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico a seconda della posizione soggettiva implicata, specie se si considera che il problema si presenta in termini capovolti rispetto a quando la giurisprudenza costituzionale censurava la limitazione dei mezzi probatori nella giurisdizione esclusiva (263). Lo stesso parametro dell'eguaglianza va invero vagliato non, come di solito si prospetta, con riferimento alle posizioni soggettive, bensì alla natura pubblicistica o privatistica del rapporto. In tal senso, ad essere eterodosso in senso peggiorativo della tutela è semmai l'operato del giudice civile, che quando, nelle vicende del riparto

delicati contemperamenti che involgono i poteri amministrativi antimafia, ID., *Profli di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm.it*, 2016.

(262) Cons. Stato, 27 luglio 2021, n. 5560.

(263) Corte cost., 23 aprile 1987, n. 146.

di giurisdizione, continua purtroppo ad attribuirsi la cognizione di diritti soggettivi di diritto pubblico, tratta i diritti soggettivi allo stesso modo, senza discernere se si tratti di diritti soggettivi che si innestano in un rapporto di diritto pubblico o di diritto privato, con ciò mostrando, anche in questo rivolo, la sua generale inidoneità a giudicare di controversie di diritto pubblico, portato, come è, a rimanere naturalmente fedele ai diversi principi, quelli civilistici, nei quali è ambientato il suo sistema di appartenenza. Ancor prima di discettare, come ha fatto la giurisprudenza costituzionale, dei mezzi istruttori, ben più rilevante e assorbente sembrerebbe allora discettare della maggiore o minore densità dell'onere della prova.

Ci sembra dunque che un trattamento differenziato basato in generale sulla diversità delle posizioni soggettive in un rapporto di diritto pubblico sia del tutto privo di fondamento positivo, né, proprio per il suo carattere generale, vi è una ragion pratica, come può avvenire occasionalmente nel diritto amministrativo speciale, che possa giustificarlo.

Non si può neanche condividere il carattere troppo tranciante della orami consolidata giurisprudenza che afferma una piena riespansione del principio dispositivo in materia di risarcimento del danno (264), per quanto non mancano casi nei quali la giurisprudenza sembra rientrare nel solco del principio di prova (265).

Il tema del risarcimento non coincide con quello precedente, poiché, da quando il giudice delle leggi ha smentito la nota

(264) *Ex multis*: Cons. Stato. 20 ottobre 2025, n. 8106, che ricorda come «la giurisprudenza amministrativa ribadisca costantemente che, in materia risarcitoria, si riespande nella sua pienezza il principio dispositivo incombente sull'attore in conformità con la *regula iuris* dell'art. 2697, primo comma, cod. civ. esigendosi rigorosamente l'allegazione e la prova puntuale della esistenza del danno da parte del danneggiato, senza i noti temperamenti scaturenti dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento ai sensi dell'art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.».

(265) Cons. Stato, 19 marzo 2026, n. 2357: «Non risulta necessario, pertanto, disporre la consulenza tecnica d'ufficio richiesta dall'appellante per la quantificazione del danno. In difetto di qualsivoglia principio di prova di un pregiudizio superiore all'ammontare già riconosciuto a titolo indennitario – il cui onere incombeva sull'appellante – non sussistono i presupposti per l'esercizio dei poteri istruttori officiosi».

ricostruzione della Cassazione del 1999 (il diritto soggettivo al risarcimento distinto dalla posizione sostanziale sottostante di interesse legittimo) e ha chiarito che la tutela risarcitoria del giudice amministrativo non dà luogo ad una giurisdizione esclusiva, sono configurabili, non solo diritti soggettivi, ma anche interessi legittimi che rimanendo tali accedono direttamente al risarcimento. Anzi incrociando i due argomenti si avrebbe una contraddittoria sovrapposizione tra trattamenti differenziati e non: i diritti soggettivi avrebbero un trattamento peggiorativo per differenziazione rispetto agli interessi legittimi, mentre, nel risarcimento, sarebbero gli interessi legittimi ad avere un trattamento peggiorativo per parificazione ai diritti soggettivi.

In disparte ancora una volta il fatto che la disciplina dell'istruttoria ha nel codice carattere unitario, è il paradigma civilistico, quello del codice civile e del riparto della prova ivi previsto, a incidere a sproposito, mentre farebbe bene il giudice amministrativo a lasciare anche qui, all'occorrenza, una porta sempre aperta all'equità, ivi compresa la liquidazione del danno e senza bisogno di appendersi strettamente ai requisiti dell'art. 1226 c.c.: il codice civile lo si lasci ai giudici civili. Tutto questo preferibilmente, come si è più volte suggerito (266), nel quadro della costruzione di una autonoma responsabilità di diritto pubblico, così come è avvenuto in Francia, facendo della nota pronuncia n. 204/2004 del giudice delle leggi il nostro *arrêt Blanco*, invece di attardarsi, e con innumerevoli complicazioni di concorrenza nomofilattica con la Cassazione, nell'assunto in sé privo di fondamento dell'esistenza di una generale ontologia civilistica della responsabilità, dunque anche comprensiva del danno derivante da rapporti di diritto pubblico.

Né mancherebbe l'autorevole sostegno delle sempre valide indicazioni di Santi Romano, che non solo evidenziava, come si è già ricordato, che nel diritto amministrativo il cittadino ha una

(266) Ad es. M. MAZZAMUTO, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. GUIDARA, Torino, 2021, 258.

maggior tutela nei confronti nell'amministrazione rispetto a quella esperibile tra privati, ma prospettava altresì una responsabilità di diritto pubblico basata «sul concetto che alle pubbliche amministrazioni incorre più che ai privati l'obbligo di riparare al torto di cui possono essere causa» (267).

A differenza del caso precedente vi è qui una ragion pratica che può *ab externo* in qualche misura comprensibilmente incidere, così come quando in passato si discuteva della risarcibilità degli interessi legittimi, ovvero sia le gravi difficoltà finanziarie dell'erario pubblico. Anzi di questa cautela si ha traccia anche nella giurisprudenza costituzionale, ove, di recente, si è giustificato il termine di decadenza dell'azione risarcitoria come «bilanciamento» che risponde altresì «all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa» (268).

Ma ciò non può giustificare che per la tutela risarcitoria si costruisca, in punto di diritto, un rigido e generale sistema preclusivo rispetto alla tradizione equitativa.

Né può condividersi, come a volte si afferma, che il giudice amministrativo sarebbe meno idoneo a dispensare la tutela risarcitoria rispetto al giudice civile.

A prescindere dalla considerazione che anche il giudice civile non potrebbe a sua volta rimanere estraneo alla pressione sistemica delle difficoltà finanziarie, è invero il giudice amministrativo a trovarsi nella migliore condizione sotto tutti i punti di vista. Dal punto di vista del risparmio per l'erario pubblico, perché il primato della tutela in forma specifica (annullamento, effetto conformativo etc.) per il suo carattere satisfattorio rende di solito non necessaria la tutela risarcitoria, mentre è solo quest'ultima ad avere in mano il giudice civile. Dal punto di vista del cittadino,

(267) S. Romano, *op. ult. cit.*, 70.
(268) Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94.

perché solo il giudice amministrativo può esercitare un penetrante sindacato di legittimità, presupposto della fattispecie risarcitoria.

È quanto del resto ci mostra la storia. È stato grazie all'affermarsi della pregiudiziale di annullamento nei primi decenni del Novecento che il giudice ordinario ha potuto espandere la tutela risarcitoria, mentre inizialmente, con un'azione diretta, se non si aveva da lamentare una violazione di legge, ma solo un cattivo uso della discrezionalità, la domanda era rigettata in quanto improponibile, non potendo il giudice civile ingerirsi nelle scelte discrezionali per vagliare la sussistenza della colpa. È stato cioè solo grazie al previo annullamento del giudice amministrativo che anche l'atto affetto da eccesso di potere, sempre che residuasse un danno, ha potuto dare luogo, in seconda battuta, al risarcimento di fronte al giudice civile come *chiffrer du dommage*.

Ed è ancora una volta la storia, quella francese, che ci mostra come il *Conseil d'État*, costruttore pretorio di una responsabilità di diritto pubblico, ha espanso tale responsabilità sino a consolidare la più avanzata figura della *responsabilité sans faute*, raggiungendo così un livello di tutela che, anche dunque per le vicende risarcitorie, non aveva pari in altri ordinamenti. Da noi, la responsabilità da atto legittimo, alquanto sollecitata dalla dottrina, fu in qualche misura per un certo tempo praticata dal giudice civile, e proprio per compensare la difficoltà di sindacare, a fini risarcitori, l'atto discrezionale, ma venne poi abbandonata a metà degli anni trenta del secolo scorso, probabilmente grazie al coevo diffondersi della pregiudiziale di annullamento, che, come si diceva, ha consentito di allargare il risarcimento all'atto affetto dal vizio di eccesso di potere.

Non diversamente deve ritenersi che il giudice amministrativo sia nella posizione migliore per effettuare quella delicata valutazione sul disvalore di «comportamenti» del soggetto amministrativo ambientati nel sistema pubblicistico (269).

(269) Su questi ultimi profili, anche di carattere storico, M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere*, cit.

C'è dunque da sperare che il Consiglio di Stato non si fossilizzi in questo irrigidimento di sapore civilistico, lasciando impregiudicate le potenzialità equitative di un giudice che ha nella sua tradizione tutte le qualità per assolvere ottimamente al sopravvenuto compito della tutela risarcitoria, magari nel favore di auspicabili tempi migliori per le finanze pubbliche, e senza però mai dimenticare che tale tutela, per quanto possa espandersi, debba pur sempre concepirsi solo in via sussidiaria e non sostitutiva della irrinunciabile tutela in forma specifica.

Resta da osservare che le previsioni sulla prova si sovrappongono usualmente al tema delle regole di giudizio.

Tutte le concatenazioni civilistiche cadono qui nell'abisso.

Il modello classico ci è offerto dall'art. 2697 c.c.: predeterminazione sostanziale della fattispecie e conseguente riparto obiettivo dell'onere della prova; giudizio conseguente all'assolvimento o meno dell'onere della prova per come ripartito.

Questo tipo di rigida sequenza appare difficilmente configurabile nel processo amministrativo dove di regola non si riscontrano i medesimi presupposti e dove signoria della prova e signoria del giudizio sono collegate circolarmente (270).

Se riescono velleitari i tentativi di imbrigliare nel segno di rigidità generalizzanti le quattro normette codicistiche sulle prove, ancor più velleitari appaiono i tentativi di ricavare da tali normette rigidità generalizzanti per le regole di giudizio, «dal momento — per riprendere le parole di Nigro — che il giudice non è vincolato da un onere originario o legale della prova; che esso è libero nello stabilire se vi è un principio di prova, o nel distribuire l'onere della prova; parimenti libero esso si ritiene nel valutare i risultati delle sue precedenti decisioni e valutazioni».

Il confronto col modello civilistico è reso peraltro arduo dalla varietà che già, senza bisogno di andare ad altri *petita*, caratteriz-

(270) E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo*, cit., 1084 e 1086, che, come si è visto, disquisendo del giudice pretore e dell'insussistenza dei presupposti di qualificazione normativa per l'applicazione dell'art. 2697 c.c., osserva che «il rapporto tra fatto e regola violata si pone in maniera diversa da quella usuale».

za le pronunce di annullamento e che, per quello che qui interessa, alimenta l'elasticità del giudizio, atteso che, dietro il carattere monolitico del dispositivo di annullamento, si nasconde l'articolata incidenza del tipo di vizio che dà luogo all'accoglimento del ricorso e, come è noto, del preminente rilievo che, ai fini del giudicato, ha la motivazione della sentenza (271).

Nel processo civile si perviene ad uno stretto risultato, cui può essere confacente, nelle sorti delle utilità finali perseguite, una semplificata e conclusiva regola di giudizio, mentre, in quello amministrativo, pur sussistendo l'eventualità che possa pervenirsi a un effetto conformativo che copra tutti i presupposti dell'atto, si offrono altre possibilità interlocutorie del tutto eterogenee rispetto al modello civilistico (272) e che possono anche investire il profilo dell'accertamento dei fatti.

Non pare in particolare che, per quanto qui interessa, si consideri adeguatamente l'importanza sistematica che hanno al riguardo il difetto di istruttoria e di motivazione.

Il giudice amministrativo non si trova a dover necessariamente trarre dalla conduzione del *thema probandi* soluzioni trancianti negli esiti del giudizio, ma può, appunto elasticamente, nel ragionevole bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, adottare percorsi intermedi. Ed è proprio perché si aprono queste possibilità più articolate di tutela che vi è più spazio per modulare

(271) In questo senso, si ha difficoltà a seguire l'opinione del rimpianto A. Romano Tassone, *op. cit.*, 975 ss., per il quale «il giudizio di legittimità si contraddistingue per essere tendenzialmente ad esito finale, legittimo o illegittimo», mentre «il giudizio di merito, al contrario, è tendenzialmente complesso, nel senso che il problema che si affronta ammette molteplici e differenziate soluzioni», ove il distinguo caratterizzerebbe anche la contrapposizione tra processo amministrativo di legittimità e processo civile di merito.

(272) Ad es., da ult., Cons. Stato, 5 maggio 2025, n. 3812: «Per costante giurisprudenza, infatti, ai fini della delimitazione dell'effetto conformativo del giudicato occorre avere riguardo alla tipologia e al numero dei motivi accolti e distinguere le sentenze a effetto vincolante pieno, con le quali l'atto viene annullato per difetto dei presupposti soggettivi o oggettivi o per violazione di termini perentori relativi all'esercizio del potere, da quelle ad effetto vincolante strumentale, con le quali l'annullamento per vizi formali (come quelli procedimentali o di mero difetto di motivazione) impone soltanto all'amministrazione di eliminare il vizio dall'atto senza vincolarla in alcun modo nei contenuti».

a monte l'onere probatorio del ricorrente nel senso di una sua attenuazione ai fini dell'accoglimento del ricorso, in quello che finisce per essere un circolare tutt'uno tra istruttoria e giudizio.

Per tornare all'esempio, tra altri, della materia edilizia, attribuire rilievo al principio di prova e spostare l'onere di prova contraria sull'amministrazione non chiude necessariamente la partita, se l'atto viene annullato per difetto di istruttoria e/o di motivazione, come, non a caso, si risolvono di solito le pronunce di accoglimento in materia, poiché, da un lato, si dà una *chance* in più di tutela al cittadino, invece di un perentorio rigetto per mancato assolvimento dell'*onus probandi*, d'altro lato, non si compromette irrimediabilmente, come esito del giudizio e sulla base del solo principio di prova, la possibilità dell'amministrazione addivenga in ipotesi a porre rimedio al vizio acclarato con il rinnovo del procedimento.

Né va dimenticato che siffatti esiti intermedi del giudizio, i quali rimandano al riesercizio del potere amministrativo, sono a volte anche inevitabilmente necessitati dal fatto che, in sede processuale, a garanzia del cittadino, l'amministrazione non ha un campo libero nel quale far valere le proprie repliche ad arricchimento dei presupposti che sostengono il provvedimento, come sarebbe del tutto naturale per un convenuto del processo civile, ma incontra delle preclusioni, come il divieto di integrazione della motivazione, sicché, ad es., l'amministrazione non potrebbe addurre alcun rimedio in sede processuale ove si acclari il vizio di difetto di istruttoria e di motivazione rispetto ad un principio di prova già rappresentato dal privato in sede procedimentale ([273]).

Significativo è non meno l'uso *sui generis* che può riscontrarsi della formula del più probabile che non, sempre a conferma di quanto possa essere traviante fare sbrigative associazioni tra

([273]) Così, ad es., Cons. Stato, 20 gennaio 2020, n. 454: nel provvedimento impugnato, «la p.a. non ha fornito la necessaria prova, limitandosi a valutare come irrilevanti gli elementi concreti forniti, nei rilevanti termini predetti; e soprattutto non ha svolto alcun autonomo approfondimento istruttorio e di doverosa valutazione degli elementi forniti dalla parte istante», sicché «va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente onere per le amministrazioni di rivalutazione dell'istanza».

giudizio civile e giudizio amministrativo.

Nel processo civile il ricorso a questa formula, come strumento di attenuazione dell'onere probatorio, porta al risultato finale perseguito da colui che è gravato da tale onere: il risultato è cioè lo stesso della situazione in cui si sia stati in condizione di apportare una prova piena.

Lo stesso non può dirsi *sic et simpliciter* per il processo amministrativo.

Uno schema simile, per i suoi esiti conclusivi, potrebbe *prima facie* ravvisarsi quando la formula venga usata a favore dell'amministrazione, ma a ben vedere, in questi casi, l'uso della formula appare piuttosto da ricondurre direttamente alla fattispecie sostanziale, interpretata, a torto o a ragione qui non importa, come fattispecie di pericolo o nella quale è particolarmente anticipata la soglia di tutela, come in materia di interdittive antimafia (274) o in materia ambientale (275) (276).

La somiglianza diventa invece più decisa quando la formula può entrare in gioco a favore del cittadino in materia risarcitoria, che si tratti di danno da provvedimento illegittimo (277), da ritardo

(274) Ad es. Cons. Stato, 12 marzo 2026, n. 2013 «La giurisprudenza ha qualificato la fattispecie come tipicamente appartenente al diritto amministrativo della prevenzione per l'inequivoca volontà del legislatore di anticipare la soglia della prevenzione alle situazioni di pericolo concreto, per le quali vale la logica del più probabile che non, non richiedendosi la certezza ogni oltre ragionevole dubbio che le condotte siano ascrivibili ai soggetti destinatari».

(275) Ad es. Cons. Stato, 16 marzo 2026, n. 2165: «in tema di individuazione del responsabile della contaminazione ai sensi dell'art. 244, codice dell'ambiente, all'Amministrazione competente non è richiesto di fornire prove di incontrovertibile evidenza scientifica circa il nesso fra una ipotizzata causa di inquinamento e i suoi effetti, potendo la relativa istruttoria basarsi sul criterio del più probabile che non».

(276) Un uso che appare tuttavia segnato dalla particolarità della fattispecie è quello delle(patologie tumorali dei militari esposti ad uranio impoverito o a nanoparticelle di metalli pesanti, in occasione del servizio prestato all'estero o presso i poligoni di tiro sul territorio nazionale, dove della formula può avvalersi l'amministrazione per fornire la prova contraria a quella, ridotta, per ragioni sostanzialmente equitative, a taluni elementi, richiesta al militare e a cui segue una presunzione *iuris tantum* del nesso eziologico: Cons. Stato, Ad. Plen., 7 ottobre 2025, n. 15.

(277) Ad es., Cons. Stato, 16 febbraio 2026, n. 1213, di rigetto, o Cons. Stato, 21 gennaio 2026, n. 476, di accoglimento.

([278]) o da comportamento ([279]), determinando conclusivamente, se riscontrata o meno, l'accoglimento o il rigetto della domanda. Ciò del resto non sorprende, essendo diretta conseguenza del fatto che in materia risarcitoria la giurisprudenza amministrativa, come si è visto, si avvicina massimamente al modello civilistico all'insegna del principio dispositivo e dunque delle sue possibili modulazioni, compresa l'adozione della formula probabilistica.

Ma è nel giudizio di annullamento il vero campo di prova dove emerge una chiara divergenza, proprio in vista della elasticità degli esiti di giudizio.

Emblematico è un caso, sempre riguardo alla data di realizzazione del manufatto in materia edilizia, in cui il principio di prova appare sufficiente ad accogliere il ricorso, in quanto da esso le prospettazioni del ricorrente appaiono più probabili che non ([280]). In disparte l'opinabilità dell'assunto che l'efficienza del principio di prova debba essere pure corredato dal riscontro della suddetta formula probabilistica e non sia sufficiente di per sé ad alimentare un ragionevole dubbio, ciò che importa qui evidenziare è che, in ragione del riscontro positivo di tale formula, l'esito del giudizio, con l'annullamento dell'atto, non è un accertamento conclusivo, in termini conformativi, derivante della prova (attenuata) della data del manufatto, bensì soltanto l'acclaramento del difetto di motivazione sull'onere di prova contraria da parte dell'amministrazione, suscettibile, in ipotesi, di venir colmato con il rinnovo del procedimento.

Tutto questo si collega del resto ad un altro significativo tratto di strutturale eterogeneità tra processo amministrativo e processo civile, e cioè la peculiarità del rapporto tra giudizio amministrativo e riesercizio dei poteri amministrativi, in ragione di un annullamento che non guarda solo il passato, ma vincola l'attività futura dell'amministrazione. Quanto basta, ancora una volta, per comprendere come ci si trovi di fronte ad una complessità di na-

([278]) Ad es. Cons. Stato, 9 dicembre 2025, n. 9679.
([279]) Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.
([280]) Corte Giust. amm. Sic.,. 8 aprile 2024, n. 287.

tura del tutto diversa dalle dinamiche riscontrabili nel processo civile e ad una complessità che, anzitutto per mantenere articolate *chance* di tutela del cittadino, mal tollera la predeterminazione di rigidi e conclusivi criteri di giudizio.

10. Conclusioni.

Il giudice amministrativo è sempre stato il signore del giudizio e il signore della prova ed è bene che rimanga tale per assolvere al suo compito storico di garante della insostituibile tutela che presta al cittadino nel bilanciamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato.

I consiglieri di Stato, invece che farsi corrompere dalle sirene civilistiche, dovrebbero nuovamente volgere lo sguardo a colui che è stato, non solo per la dottrina, un loro Maestro, Santi Romano, e a quelle sue intramontabili lapidi che ci fanno ancor oggi comprendere come, nella giustizia amministrativa, elasticità pretoria e tutela del cittadino siano inscindibilmente connessi, e come sia dannoso l'inseguimento di altri modelli di giustizia:

«Quando un controllo, così largo e penetrante, quale è quello della giustizia amministrativa, da cui non a torto si è sperata una giurisprudenza, per così dire, pretoriana, si sottopone a sua volta ad un controllo così rigido e meccanico quale non può non essere quello della Cassazione, si verrà necessariamente a soffocare il primo, e a paralizzarne i movimenti che dovrebbero essere liberissimi» (281).

«Egli è che le funzioni che comunemente si designano sotto l'espressione tecnicamente felice ed esatta di giustizia amministrativa sono qualche cosa di più fine, di più elevato, di più efficace che non siano funzioni semplicemente giurisdizionali; e il compararle a queste ultime non è un nobilitarle, come generalmente si crede, ma un rinvilirne la natura» (282).

(281) S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Primo trattato*, cit., vol. III, 1256

(282) S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit. 539.

Mentre ogni irrigidimento ed ogni assimilazione alla giustizia civile renderebbero tutto concreto il pericolo di precludere le *chance* di tutela del cittadino, tradendo l'ispirazione liberale della storia gloriosa della giustizia amministrativa.

ABSTRACT: Il saggio, nel quadro di una ricostruzione storico-sistematica, rivaluta l'assetto tradizionale della giustizia amministrativa e la natura in parte inquisitoria della relativa istruttoria processuale come strumento di maggior tutela del cittadino.

ABSTRACT: *The essay, within the framework of a historical-systematic reconstruction, reassesses the traditional administrative justice system and the partly inquisitorial nature of investigative activities as a tool for better protection of the citizen.*