



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE (SCUOLA DI GIURISPRUDENZA)

Dottorato di Ricerca in “Diritto pubblico diritto pubblico, teoria delle istituzioni nazionali ed europee e filosofia giuridica” - XII ciclo
Curriculum - “Teoria delle istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento”

Tesi di dottorato

“La distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori nel processo amministrativo”

COORDINATORE
Ch.mo Prof.
Enzo Maria Marengi

TUTOR
Ch. mo Prof.
Sergio Perongini

DOTTORANDA
Enza Romano
Mat. 86800001

Anno accademico 2013/2014

INDICE

INTRODUZIONE	6
---------------------------	---

1. Oggetto della ricerca.
2. Linee evolutive dell'indagine e indicazioni metodologiche.

CAPITOLO PRIMO

LA DISTRIBUZIONE TRA IL GIUDICE E LE PARTI DEI POTERI ISTRUTTORI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO PRIMA DELL'EMANAZIONE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO	9
--	---

1. Premessa.
2. La tradizionale contrapposizione tra “principio dispositivo” e “principio inquisitorio” nella distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri di governo del processo civile. Il significato originario del principio dispositivo
3. Il principio dispositivo (o principio di disponibilità delle prove) come questione di tecnica del processo.
4. La questione del fondamento del principio dispositivo (o principio di disponibilità delle prove).
5. L'affermazione nel processo civile del principio dispositivo (o di disponibilità delle prove) in forma attenuata.
6. La distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori nel processo amministrativo prima dell'emanazione del Codice.
 - a) La connotazione del sistema istruttorio alle origini del processo amministrativo.
 - b) La connotazione del processo amministrativo come processo di parti e l'elaborazione del “sistema istruttorio dispositivo con metodo acquisitivo”.
 - c) L'emanazione della legge Tar n. 1054/1971. La necessità dell'ampliamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo e gli interventi della Corte Costituzionale. Il d.lg. n. 80/1998 e la legge n. 205/2000.
 - d) Le questioni di maggiore interesse in dottrina e in giurisprudenza relative alla ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo.

CAPITOLO SECONDO

L'ATTIVITÀ DELLE PARTI E IL RUOLO DEL GIUDICE NELL'ISTRUZIONE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO DOPO L'EMANAZIONE DEL CODICE

.....pag. 59

1. Premessa.

2. La distribuzione dei poteri di governo del processo amministrativo fra il giudice e le parti: il monopolio di parte nella instaurazione del processo amministrativo e nella delimitazione dell'oggetto del giudizio. L'impossibilità di tale ricostruzione per quanto riguarda il momento istruttorio.

3. La crisi del modello tradizionale "per principi" di ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo.

4. L'attuale quadro normativo dell'istruzione nel processo amministrativo.

a) autonomia della fase istruttoria nel processo civile e mancata autonomia nel processo amministrativo.

5. Oneri delle parti e poteri del giudice nell'istruzione probatoria.

6. L'onere della prova nel processo amministrativo.

7. L'istruzione e la verità nel processo. La funzione della prova giudiziaria e la giustificazione dei poteri acquisitivi d'ufficio del giudice.

8. Il dovere del giudice di esercitare poteri istruttori.

9. I poteri istruttori del giudice secondo il codice del processo amministrativo.

CAPITOLO TERZO

LA NON CONTESTAZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

..... p. 108

SEZIONE PRIMA

LE ORIGINI DELLA "NON CONTESTAZIONE" NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO pag. 109

1. Le radici storiche della "non contestazione" e il dovere dell'intimato di comparire e di partecipare al processo. L'originaria connotazione sostanziale della "non contestazione" nel processo.

2. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo: l'indagine sulla rilevanza della "non contestazione" nel processo civile sotto la vigenza del Codice del 1865 e la difficoltà di un'applicazione generalizzata del principio di "non contestazione"; gli esiti della suddetta indagine nel processo amministrativo.

3. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo civile: l'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940 e la successiva elaborazione del "principio di non contestazione" da parte della giurisprudenza e della dottrina.

a) La non contestazione come precipitato del principio della domanda (o principio dispositivo sostanziale).

b) La non contestazione come *atto di rilevanza processuale di non allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall'avversario* avente la funzione di escludere i fatti non contestati dal *thema probandum*.

c) La mancata contestazione dei fatti in giudizio come comportamento valutabile ex art. 116 c.p.c.

d) La rivalutazione della nozione "assertiva" della contestazione nel processo. Critica.

e) Gli orientamenti della giurisprudenza e la svolta "storica" con la sentenza Cass. SS. UU. n. 761/2002;

4. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo: la ricostruzione del "principio (o sistema) dispositivo con metodo acquisitivo" e gli ostacoli all'applicazione del principio di non contestazione nel processo amministrativo.

5. Le ragioni della necessità di esaminare la giurisprudenza amministrativa sulla mancata ottemperanza agli ordini istruttori da parte della pubblica amministrazione nell'indagine relativa alla "non contestazione" dei fatti nel processo. a) La giurisprudenza sulla mancata ottemperanza agli ordini istruttori dal giudice da parte della pubblica amministrazione.

6. La legge n. 69/2009 e la modifica dell'art. 115 c.p.c.. La giurisprudenza amministrativa rivendica l'operatività del "principio di non contestazione" anche nel processo amministrativo prima dell'emanazione del codice. L'art. 64, secondo comma, c.p.a.

7. I primi orientamenti della giurisprudenza amministrativa sull'applicazione del c.d. "principio di non contestazione" dopo l'introduzione dell'art. 64, secondo comma, c.p.a.

8. Considerazioni conclusive sulla ricostruzione delle origini della non contestazione nel processo civile e nel processo amministrativo.

SEZIONE SECONDA

LA “NON CONTESTAZIONE” NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO ... pag. 151

1. Le conseguenze della “non contestazione” sugli oneri delle parti e sui poteri del giudice. Sviluppi dell’indagine.
2. Il significato della “non contestazione” nel processo amministrativo.
 - a) la “non contestazione” è rilevante ai sensi dell’art. 64, secondo comma, c.p.a. solo se riguarda i fatti.
 - b) l’ammissione esplicita o implicita di un fatto come “non contestazione”.
 - c) la contestazione generica come “non contestazione”: presupposti.
 - d) La proposizione di un’eccezione come “comportamento non contestativo”: l’eccezione di rito senza contestazione specifica dei fatti *ex adverso* allegati e l’eccezione di merito incompatibile con la negazione dei fatti costitutivi della domanda (eccezione di pagamento, eccezione di compensazione, eccezione di prescrizione).
 - e) La proposizione del ricorso incidentale o della domanda riconvenzionale può valere come comportamento non contestativo.
 - f) considerazioni conclusive.
3. La rilevanza nel processo della mancata contestazione di un fatto presuppone l’idoneità dell’allegazione del fatto.
4. Gli atti processuali attraverso i quali le parti allegano i fatti nel processo e l’individuazione dei fatti rispetto ai quali si applica il cd. principio di non contestazione.
5. Le relazioni tra “allegazione”, “contestazione” e “onere della prova” nel processo.
6. Sui tempi della contestazione (e della “non contestazione”) nel processo amministrativo. a) Premessa. b) I tempi della contestazione nel processo civile. c) I tempi della contestazione nel processo amministrativo.
7. La “non contestazione” e i poteri del giudice.
8. La “non contestazione” nel processo non ha valore negoziale.
9. La rilevanza dei fatti non specificatamente contestati nella determinazione del *thema probandum*. a) la non contestazione non è uno strumento di fissazione formale dei fatti nel giudizio. b) la rilevanza dei fatti non specificatamente contestati sul piano probatorio: la “non necessarietà” della prova. Le interferenze della “non contestazione con i poteri istruttori del giudice.
10. La relazione tra i fatti non contestati e le risultanze probatorie acquisite al processo.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

..... pag. 204

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Oggetto della ricerca. 2. Linee evolutive dell'indagine e indicazioni metodologiche.

1. Oggetto della ricerca

Oggetto della ricerca è la distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori nel processo amministrativo.

L'indagine si prefigge di ricostruire le regole e i criteri in base ai quali il legislatore disciplina la ripartizione tra il giudice e le parti delle iniziative probatorie.

La disciplina dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo ha subito significative modifiche nel corso del tempo.

Alle origini del sistema di giustizia amministrativa l'istruzione processuale rappresentava una fase meramente eventuale e documentale.

La giurisdizione amministrativa si caratterizzava in senso oggettivo e il sindacato del giudice mirava a verificare la sola legittimità degli atti amministrativi nell'interesse pubblico generale.

In quest'ottica, la tutela e il ruolo dei cittadini erano meramente occasionali.

Successivamente, il processo amministrativo assunse le caratteristiche di un "processo di parti"; così il rapporto tra gli oneri delle parti e i poteri istruttori del giudice fu ricostruito sul modello del "*sistema dispositivo con metodo acquisitivo*"¹, elaborato dalla dottrina negli anni Cinquanta e recepito costantemente dalla giurisprudenza.

Sino all'emanazione del codice del processo amministrativo il quadro normativo in materia era scarno e lacunoso.

¹ Tale assetto risale alla nota elaborazione di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano, 1953.

Non può ignorarsi, invece, che il Codice dedichi l'intero Capo IV del primo libro alla disciplina dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria (artt. 63-69).

Pertanto, l'introduzione del codice pone all'interprete la questione di verificare l'impatto delle nuove norme rispetto alla tradizionale impostazione dell'istruzione probatoria.

2. Linee evolutive dell'indagine e indicazioni metodologiche

La presente indagine intende ripercorre, innanzitutto, le tappe fondamentali dell'evoluzione normativa e dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia, dalle origini del sistema di giustizia amministrativa sino all'emanazione del codice del processo amministrativo.

Nella seconda parte, invece, si intende verificare l'impatto delle nuove norme in tema di istruzione processuale rispetto all'impianto sistematico del processo amministrativo e ai rapporti tra il giudice e le parti nel campo probatorio.

Invero, da una parte, il processo amministrativo deve garantire l'esatta ricostruzione giudiziale della realtà, dall'altra, non deve "tradire" la propria natura di processo dispositivo.

In tal senso, i poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice vanno adeguatamente calibrati sia rispetto ai singoli mezzi di prova sia rispetto ai fatti oggetto di prova.

Si tratta di individuare e precisare i limiti dei poteri istruttori.

A tal proposito, nella terza parte, nell'ottica della delimitazione dell'oggetto dei poteri istruttori del giudice, la ricerca intende soffermarsi sull'innesto nel processo amministrativo del "cd. principio di non contestazione", in base al quale i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione dal giudice (art. 64, secondo comma, c.p.a.).

Come è stato osservato in dottrina², infatti, l'art. 64, secondo comma, c.p.a. *"fa risaltare ancora una volta il carattere dispositivo del processo*

² F. G. Scoca, Commento all'art. 64 c.p.a., Il principio di non contestazione, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 550.

amministrativo”, che merita di essere indagato e ricostruito alla luce delle disposizioni dettate dal codice del processo amministrativo.

La norma contenuta nell’art. 64, secondo comma, c.p.a. si rivolge alle parti costituite e al giudice.

Alla duplicità dei destinatari corrisponde una duplicità di funzioni.

L’art. 64, secondo comma, c.p.a. si rivolge alle “parti costituite”, prevedendo determinate conseguenze a seguito della “non contestazione” dei fatti da parte delle stesse. Se le parti non contestano specificatamente i fatti *ex adverso* allegati, il giudice deve porre i fatti incontestati a fondamento della sua decisione, senza l’intermediazione delle prove.

Allo stesso tempo, l’art. 64, secondo comma, c.p.a. si rivolge al giudice, il quale deve porre a fondamento della sua decisione le prove proposte dalle parti e i fatti non specificatamente contestati; in tal modo, da una parte, si limita implicitamente l’oggetto delle iniziative istruttorie del giudice esercitabili d’ufficio e, dall’altra, si pone una vera e propria una regola di giudizio.

Verranno analizzate le conseguenze della mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati sia rispetto agli oneri delle parti sia rispetto ai poteri del giudice nella dinamica del processo amministrativo.

Nel corso dell’indagine, la disciplina del processo civile rappresenterà un costante elemento di riferimento, atteso che tale processo ha sempre costituito un modello per quello amministrativo.

D’altronde, anche il codice del processo amministrativo suffraga tale considerazione sulla scorta del rinvio ex art. 39 c.p.a. alle norme del codice di procedura civile, stabilendo che “*per quanto non disciplinato nel presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali*”³.

³ Sulla tecnica di rinvio generalizzato ai sensi dell’art. 39 c.p.a. si veda S. Perongini, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 9 ss.

CAPITOLO PRIMO

LA DISTRIBUZIONE TRA IL GIUDICE E LE PARTI DEI POTERI ISTRUTTORI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO PRIMA DELL'EMANAZIONE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La tradizionale contrapposizione tra “principio dispositivo” e “principio inquisitorio” nella distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri di governo del processo civile. Il significato originario del principio dispositivo 3. Il principio dispositivo (o principio di disponibilità delle prove) come questione di tecnica del processo. 4. La questione del fondamento del principio dispositivo (o principio di disponibilità delle prove). 5. L’affermazione nel processo civile del principio dispositivo (o di disponibilità delle prove) in forma attenuata. 6. La distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori nel processo amministrativo prima dell’emanazione del Codice. a) La connotazione del sistema istruttorio alle origini del processo amministrativo. b) La connotazione del processo amministrativo come processo di parti e l’elaborazione del “sistema istruttorio dispositivo con metodo acquisitivo”. c) L’emanazione della legge Tar n. 1054/1971. La necessità dell’ampliamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo e gli interventi della Corte Costituzionale. Il d.lg. n. 80/1998 e la legge n. 205/2000. d) Le questioni di maggiore interesse in dottrina e in giurisprudenza relative alla ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo prima dell’emanazione del codice del processo amministrativo.

1. Premessa

Nella ricostruzione della distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori nel processo, al “*principio dispositivo*” si suole contrapporre il “*principio inquisitorio*”, in base al quale competono al giudice, anziché alle parti, i poteri processuali di iniziativa istruttoria⁴.

⁴ Sul tema si veda B. Cavallone, I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile – Premessa storico-critica, in Studi parmesini, XXVII, Milano, 1981, 23 ss., ora in Il giudice e la prova nel processo civile, Padova, 1991, 8 ss., secondo il quale “*il dilemma, se riconoscere oppure no al giudice determinati poteri di iniziativa inerenti all’accertamento dei fatti controversi si è ovviamente posto – ed è stato variamente risolto – da quando esiste il processo, o quanto meno da quando le “prove razionali” vi hanno preso il sopravvento sulle “prove irrazionali”, o, nel mondo classico, le “in artificiali” sulle “artificiali”; ma l’idea che in ciascuna scelta di questo tipo debba necessariamente riconoscersi l’applicazione dell’uno o dell’altro tra due contrapposti principii generali, datati di antitetiche giustificazioni logiche, pratiche e politiche, è nata*”

Di tale impostazione vi è conferma nelle indagini sviluppate nell'ambito del processo civile, nel quale si è da sempre ritenuto dominante il principio dispositivo⁵.

Il processo amministrativo ha espresso caratteristiche specifiche.

Negli anni cinquanta, la dottrina ha dimostrato l'inadeguatezza del sistema istruttorio dispositivo "puro", adoperato nel processo civile, per la disciplina delle relazioni tra il giudice e le parti nella istruzione probatoria.

Infatti, una volta acclarata la natura del processo amministrativo come processo di parti, è stata elaborata la tesi secondo la quale il sistema istruttorio nel processo amministrativo è dispositivo, ma il metodo istruttorio deve essere di tipo acquisitivo⁶, in virtù di alcune caratteristiche peculiari di tale tipologia di processo, che di seguito verranno esaminate.

La predetta tesi è stata recepita dalla dottrina e dalla giurisprudenza negli anni successivi in maniera costante.

Occorre, innanzitutto, fare chiarezza sul significato e sulla portata del principio dispositivo.

Risulta necessaria una breve digressione sulla enucleazione del principio dispositivo (o principio della disponibilità delle prove) nel processo civile e sulla sua caratterizzazione in senso "formale" o "processuale" in quanto tale digressione consentirà di accertare che, qualsivoglia siano gli esiti della nostra ricerca, la ripartizione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori è una questione di "*tecnica del processo*" e non di "*tutela giurisdizionale*" in senso stretto.

meno di duecento anni fa, e soltanto da qualche decina ha varcato i confini degli ordinamenti di lingua tedesca".

E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice civile, I, Contributo al chiarimento del dibattito, 2008, 108 ss. richiama "*l'attenzione sul fatto che la più risalente dottrina nell'affrontare questa tematica faceva al più ricorso alla differente contrapposizione fra principio di disposizione e officium iudicis*". In tal senso, U. Ferroni, Il processo civile moderno, S.M. Capua Vetere, 1912, 158 ss.; sebbene più recentemente, U. Rocco, Trattato di diritto processuale civile, II. Parte generale, Torino, 1957, 159 ss., il quale ancora contrappone "principio di disposizione" e "principio di ufficialità".

⁵ Sul tema M. Taruffo, La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi, Bologna, 1980, 55 ss.

⁶ F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Milano, 1953, 248 ss., 282 ss.

In secondo luogo, verrà approfondita la tradizionale ricostruzione dei rapporti tra il giudice e le parti nell'istruzione probatoria del processo amministrativo, connotata dal cd. "sistema dispositivo con metodo acquisitivo", per comprenderne i presupposti, le ragioni e i meccanismi di funzionamento.

2. La tradizionale contrapposizione tra "principio dispositivo" e "principio inquisitorio" nella distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri di governo del processo civile. Il significato originario del principio dispositivo.

A partire dalla fine degli anni trenta⁷, la dottrina iniziò ad impostare la questione della ripartizione tra il giudice e le parti dei "poteri" istruttori nel processo civile sulla contrapposizione tra "*principio inquisitorio*" e "*principio dispositivo*"⁸.

Invero, a prescindere da particolari situazioni intermedie, si sostenne che la ricerca del materiale probatorio potesse avvenire tendenzialmente attraverso due meccanismi: quello del sistema dispositivo (ispirato al principio dispositivo) e quello del sistema inquisitorio (ispirato al principio inquisitorio), a seconda che le prove dovessero essere assunte ad istanza di parte o anche d'ufficio⁹.

Nel processo civile, la dottrina tradizionale ha quasi sempre risolto negativamente il dilemma concernente il riconoscimento di autonomi poteri

⁷ La dottrina (E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice. I. Contributo al chiarimento del dibattito, Napoli, 2008, 107 ss.) ha evidenziato che, sotto la vigenza dei codici preunitari nonché del codice del 1865 (quanto meno, a quanto consta fino al 1930), non si ricorse alla contrapposizione tra principio dispositivo e principio inquisitorio nella trattazione dell'istruzione nel processo civile, né tanto meno se ne trova traccia nelle trattazioni dell'epoca relative al processo civile di Paesi stranieri fortemente caratterizzati dalla attribuzione al giudice di poteri istruttori officiosi.

Sul tema si vedano inoltre G.G. Levi, Manuale del codice di procedura civile, Milano, 1866, 160; G. Saredo, Istituzioni di procedura civile, 1873, 411 ss.; G. Messina, Trattato delle prove giudiziarie in materia civile e commerciale, Salerno, 1876, 154 ss.; L. Mortara, Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile, III, Milano, 1923, 551-552; C. Lessona, Trattato delle prove in materia civile, I, Torino, 1927, 74 ss.. Invece, E. Betti, Diritto processuale civile italiano, Milano, 1935, 315 ricorre alla contrapposizione "*principio dell'inquisizione d'ufficio*" e "*principio della disposizione di parte*" per differenziare il processo civile da quello penale.

⁸ V. Andrioli, voce Prova in genere, in Nss. Dig. It., 1939, 823 ss.

⁹ V. Andrioli, voce Prova in genere, in Nss. Dig. It., 1939, 823 ss.

d'iniziativa istruttoria in capo al giudice, sostenendo l'operatività assoluta del "principio dispositivo"¹⁰ e, dunque, il monopolio delle parti nell'iniziativa probatoria.

L'idea del giudice che ricercava in via autonoma il materiale probatorio era vista come una potenziale negazione del diritto soggettivo e, pertanto, del tutto inidonea ad avere spazio nel processo civile¹¹.

Considerato che le parti avevano la disponibilità delle situazioni giuridiche sostanziali, sembrava naturale che anche le iniziative processuali dovessero dipendere dalla loro volontà, non solo nella formazione dell'oggetto del giudizio, ma anche nell'acquisizione degli elementi probatori sulla scorta dei quali doveva formarsi il convincimento del giudice¹².

In effetti, originariamente il significato del "principio dispositivo" era diverso rispetto a quello che attualmente gli si ascrive.

Inizialmente, la dottrina ricomprendeva nel c.d. "principio dispositivo" fenomeni diversi¹³, vale a dire l'esercizio dell'azione, l'allegazione dei fatti ad opera delle parti e l'iniziativa delle parti relativa all'assunzione delle prove¹⁴.

¹⁰ Rileva che l'attenzione della dottrina è stata maggiormente focalizzata sul principio dispositivo E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice . I. Contributo al chiarimento del dibattito, Napoli, 2008, 114 ss.; inoltre, l'Autore osserva che l'unica eccezione è rappresentata da P. Calamandrei, Linee fondamentali del processo civile inquisitorio, in M. Cappelletti (a cura di), Opere giuridiche, Napoli, I, Napoli, 1965, 167 ss.; ID., Il processo inquisitorio nel nuovo codice civile, in Giur. It., 1939, IV, 237 ss.

¹¹ G. F. Ricci, Principi di diritto processuale generale, 342 ss.

¹² Così riferisce E. T. Liebman, Fondamento del principio dispositivo, in Riv. Dir. proc., 1960, 551.

¹³ Con l'espressione "principio dispositivo" la dottrina italiana più risalente si riferiva indifferentemente sia a quello che la dottrina sceveratrice tedesca indicò con il nome di *Dispositionmaxime* (principio dispositivo) sia a quello che definì "principio della trattazione" (*Verhandlungsmaxime*).

Dispositionsmaxime, auch Verfügungsgrundsatz genannt, bedeutet im Zivilprozess, dass die Parteien und nicht das Gericht "Herren des Zivilprozesses" sind, d.h. grds. bestimmen die Parteien und nicht das Gericht den Beginn und das Ende des Prozesses. Ohne Klage bzw. Antrag des Klägers gibt es keinen Prozess und wird das Gericht nicht tätig. Des Weiteren hängt es von der unterlegenen Partei ab, ob sie Rechtsmittel einlegen will. Es bestimmt sich der gesamte Umfang des Prozesses nach dem Kläger. Er kann die Klage ändern oder den Prozess durch Rücknahme, Verzicht, Anerkenntnis bzw. Vergleich (in Übereinkunft mit der Gegenpartei) beendigen.

Tale impostazione trovò conferma nella Relazione al Codice di procedura civile del 1940, nella quale si affermò l'operatività del principio dispositivo, inteso come *“la proiezione nel processo dell'autonomia privata nei confini segnati dalla legge, che trova la sua più energica affermazione della tradizionale figura del diritto soggettivo: fino a che la legislazione sostanziale riconoscerà tale autonomia, il principio dispositivo dovrà essere coerentemente mantenuto nel processo civile come insopprimibile espressione del potere riconosciuto ai privati di disporre della propria sfera giuridica; (...) si sono perciò conservati nel codice (artt. 112 ss.) come affermazioni di principio, gli aforismi dell'antica sapienza, ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum alligata et probata decidere debet”*.

In effetti, con riferimento al contrapposto principio inquisitorio, si legge nella Relazione illustrativa che *“le stesse considerazioni che hanno indotto a mantenere di massima il principio dispositivo in tutte le cause attinenti a rapporti disponibili, hanno portato per coerenza ad adottare in più larga misura il principio inquisitorio in tutte quelle cause che concernono rapporti giuridici non disponibili o, come tradizionalmente si dice, attinenti all'ordine pubblico: rapporti il cui numero si è notevolmente accresciuto e più si accrescerà nella nuova legislazione sostanziale, in corrispondenza dell'influenza sempre maggiore del diritto pubblico sul diritto privato”*.

Dunque, i poteri di impulso processuale e di delimitazione dell'oggetto del giudizio, da una parte, e quelli di introduzione delle prove in giudizio ad opera delle parti, dall'altra, venivano onnicomprensivamente ricondotti al monopolio

Verhandlungsmaxime: den Zivilprozess beherrschender prozessualer Grundsatz, der besagt, dass es Sache der Prozessparteien ist, die Tatsachen und die Beweise, die die Grundlage für die Entscheidung des Gerichts werden sollen, in den Prozess einzuführen.

¹⁴ E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice. I. Contributo al chiarimento del dibattito, Napoli, 2008, 145 ss.

Sul tema si veda, inoltre, F. Carnelutti, La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova, 1915, il quale ha contezza della distinzione tra *“due fasi del principio dispositivo”*, vale a dire quella relativa al monopolio delle parti nella fissazione dell'oggetto del giudizio e quella relativa al potere delle parti nel campo della prova dei datti principali controversi; tuttavia, *“non v'è alcuna differenza essenziale nei motivi che giustificano il potere attribuito alla parte di iniziare o non iniziare il processo o di proporre o non proporre la prova per testimoni”*.

delle parti le quali, quando disponevano in via esclusiva delle situazioni giuridiche sostanziali, di riflesso, potevano disporre in via esclusiva anche nel processo.

In altri termini, si riteneva che l'operatività del "principio dispositivo" trovasse la sua ragione nella natura disponibile della situazione giuridica di cui la parte era titolare, da rispettarsi anche nell'istruzione probatoria processuale¹⁵, nonostante il nuovo Codice contenesse alcune disposizioni che attenuavano la portata generale del principio in questione e affermavano l'operatività del principio inquisitorio nei soli processi aventi ad oggetto diritti indisponibili.

Sorgeva così, nei processi civili sui rapporti disponibili, un duplice vincolo per il giudice il quale doveva attenersi non solo al *thema decidendum* fissato dalle parti (*alligata partium*) ma anche agli strumenti probatori offerti da queste ultime (*probata partium*).

Successivamente, le modifiche legislative e una sempre più attenta indagine analitica degli istituti processuali misero in evidenza che il primo vincolo si riferiva al tema dei rapporti tra il giudice e le parti in ordine alla tutela giurisdizionale, mentre il secondo era espressione di esigenze prevalentemente tecniche e storicamente determinate.

3. Il principio dispositivo (o principio di disponibilità delle prove) come questione di tecnica del processo.

La dottrina, nell'occuparsi dei due principi ai quali poteva ispirarsi il sistema istruttorio, vale a dire il principio dispositivo e il principio inquisitorio, mise in discussione la tesi secondo la quale il principio dispositivo rappresentava la proiezione processuale della facoltà di disporre delle situazioni giuridiche soggettive, e sostenne l'applicazione del principio dispositivo per ragioni di opportunità¹⁶.

¹⁵ In tal senso, P. Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Padova, 1941, 241 ss.

¹⁶ V. Andrioli, voce Prova in genere, in Nss. Dig. It., 1939, 823 ss.; nel ritornare sul tema, P. Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Padova, 1941, 241 ss.

*“Il potere di disposizione delle parti si manifesta nel segnare i limiti del thema probandum, ma entro questi limiti il riconoscere allo stesso giudice che deve indagare sulla verità dei fatti allegati dalle parti una certa autonomia nella scelta dei metodi di indagine appare come una necessità di ordine tecnico, che non ha niente a che vedere col rispetto della volontà delle parti”*¹⁷.

Pertanto, il noto aforisma *“iudex secundum alligata et probata partium decidere debet”* assumeva una duplice valenza per quanto riguarda la definizione dei poteri del giudice nel processo: innanzitutto, il giudice non poteva andare al di là delle allegazioni delle parti; in secondo luogo, il giudice non poteva assumere iniziative istruttorie d’ufficio¹⁸.

Così il principio dispositivo (o meglio, *“principio della disponibilità delle prove”*) progressivamente si differenziò dal principio della domanda.

Dunque, occorre distinguere tra l’iniziativa delle parti nella trattazione e nell’istruzione della causa e il diritto della parte a dare inizio al processo e a chiedere tutela giurisdizionale.

A ben vedere il codice di procedura civile del 1940 aveva previsto norme positive distinte per sancire, da un lato, il principio della domanda (artt. 99 e 112 c.p.c.) e, dall’altro, il principio dell’art. 115 c.p.c. relativo alla disponibilità delle prove¹⁹, in base al quale *“il giudice deve porre a fondamento della decisione le*

¹⁷ P. Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Padova, 1941, 243 ss.

¹⁸ P. Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Padova, 1941, 243 ss.

La formula “principio dispositivo in senso materiale o in senso proprio” indica “l’esistenza di un potere esclusivo delle parti nel chiedere la tutela giurisdizionale e nel fissare l’oggetto del giudizio”; con la formula “principio dispositivo in senso processuale o improprio”, invece, “si allude ad un vincolo del giudice alle iniziative delle parti per ciò che riguarda in genere la tecnica e lo svolgimento interno del processo ed in specie la scelta degli strumenti per la formazione del convincimento giudiziale”, in tal senso si veda M. Cappelletti, Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo, in Riv. Dir. proc., 1967, 407.

¹⁹ E. T. Liebman, Fondamento del principio dispositivo, in Riv. Dir. proc., 1960, 551 ss.

prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero”, salvo diversa previsione del legislatore²⁰.

Probabilmente, nella Relazione illustrativa al Codice del 1940, si era ritenuto necessario ricollegare il principio dispositivo alla disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive sulla scorta di esigenze dettate dalla situazione politica del tempo *“per evitare un’eccessiva ingerenza degli organi pubblici nello svolgimento del processo”*²¹.

Uno dei contributi decisivi alla distinzione tra il piano della disponibilità dei diritti e della tutela giurisdizionale e quello dell’articolazione del processo, in particolare della istruzione probatoria, fu offerto dal Prof. Tito Carnacini con il saggio *“Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”* del 1965.

L’Autore si occupò in maniera approfondita del principio dispositivo ed evidenziò in maniera chiara la distinzione tra *“tutela giurisdizionale”* e *“tecnica del processo”* al fine di non confondere *“ciò che per l’appunto attiene al regime di tutela dell’interesse materia de quo agitur, e quanto invece attiene al regime interno dello strumento stesso”*²².

In particolare, ad avviso della dottrina in esame, *“l’abitudine tradizionale di considerare il fenomeno giuridico in relazione alla forma mediante la quale si manifesta, non deve impedirci, quando si valutano i singoli ordinamenti positivi e le innovazioni che siano ad essi apportate o per essere apportate, di mettere le cose al loro posto, sul giusto e diverso piano, sceverando l’essenza da tutto quello che è richiesto in funzione del mezzo al quale si faccia ricorso e in considerazione della sua più felice realizzazione pratica”*²³.

²⁰ Per una disamina sull’operatività del principio dispositivo nel processo civile, in particolare per le relazioni con il c.d. principio dell’onere della prova ex art. 2697 c.c., si veda, tra gli altri, C. Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, 188 ss.

²¹ E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in Riv. Dir. proc., 1960, 551 ss.

²² T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, Milano, 1965, 715 ss.

²³ *“Posti di fronte a tipi e prototipi di processi civili di cognizione dove spetta esclusivamente alla parte non soltanto di dedurre in giudizio il preteso diritto, ma anche di allegare i fatti sui quali si basa la propria domanda e perfino, come regola, d’indicare le prove per rappresentarli al giudice o perché questi ne desuma l’esistenza o*

La dottrina in esame ricostruì le tappe più significative del percorso che aveva condotto alla confusione tra il piano della disponibilità dei diritti e quello dell'organizzazione del processo e dei relativi strumenti.

Innanzitutto, si osservò che la dottrina tedesca²⁴ che in origine aveva distinto tra processi ad iniziativa di parte e processi nei quali l'iniziativa poteva essere assunta anche d'ufficio, non aveva fatto riferimento al diritto in contesa e alla sua deducibilità in giudizio²⁵.

Invece, il momento storico a partire dal quale verosimilmente la dottrina tedesca iniziò a confondere il piano della disponibilità dei diritti e quello delle tecniche processuali poteva essere individuato all'epoca dell'abolizione dell'iniziativa d'ufficio nell'ordinamento prussiano. Da quel momento, infatti, non sussistendo più l'iniziativa d'ufficio, fu facile collocare sul medesimo piano *“quanto è espressione del regime di tutela degli interessi materiali ancorché per il tramite del processo civile, con quanto è espressione invece dell'organizzazione interna del singolo tipo di processo”*²⁶.

Si diffuse, pertanto, l'idea – *“comodamente accettata come indiscutibile”*²⁷ – che alla disponibilità dei diritti azionati in giudizio dalla parte dovesse corrispondere la disponibilità dei fatti e dei mezzi per provarli.

La dottrina italiana aveva recepito l'orientamento d'Oltralpe, ricomprendendo prevalentemente nell'ambito del c.d. principio dispositivo un significato onnicomprensivo del concetto di disposizione del processo ad opera della parte²⁸.

l'inesistenza, si è finito per fare di tutta l'erba un fascio”. In tal senso, T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 716.

²⁴ Gönner, Handbuch Des Deutschen Gemeinen Prozesses, I, Erlangen, 1804, 175 ss.

(²⁵) Invero, T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 717, faceva osservare che Gönner *“ebbe più volte a dichiarare espressamente che la regola dove non c'è attore, ivi non c'è neppure un giudice non sarebbe peculiare ai sistemi improntati all'iniziativa di parte e pertanto andrebbe osservata da ogni ordinamento processuale, così come dipenderebbe sempre dall'attore lo scegliere quello fra i tipi di processo in vigore che egli ritenga di volta in volta più conveniente”*.

²⁶ T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 719.

²⁷ T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 721.

²⁸ T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 723.

Anche all'indomani dell'emanazione del Codice di procedura civile del 1940 erano state ricollegate al principio di disposizione non solo l'istruzione della causa, ma anche l'iniziativa del processo. Orbene, *“non può (poteva) destare meraviglia il fatto che la commistione fra quanto attiene alla disposizione attraverso il processo degli interessi materiali e ciò che concerne invece la struttura interna del processo, abbia (avesse) trovato inequivocabile accoglienza in un documento ufficiale come la relazione sul codice e vi figuri (figurasse) là dove si parla (parlava) di capisaldi del sistema²⁹”*.

Ad avviso della dottrina in esame, invece, ogniqualvolta il privato decideva di agire in giudizio a tutela di un diritto soggettivo o di un interesse protetto, poneva in essere un atto di disposizione della situazione giuridica che sosteneva essere stata lesa; nel momento in cui decideva di tutelarsi, servendosi degli strumenti che l'ordinamento gli riconosceva e invocando l'intervento del giudice, la forma mediante la quale si estrinsecava questo atto di disposizione era la forma processuale, *“ma la sostanza del fenomeno resta (restava) pur sempre quella di un interesse materiale la cui tutela giuridica, dipendendo dalla volontà del titolare, è (era) da questi esercitata, così come, per riprendere un paragone assai noto, l'utente dell'elettricità fa agire la corrente girando l'interruttore³⁰”*.

In altri termini, secondo la dottrina in esame, il diritto dell'interessato di disporre della tutela giurisdizionale andava tenuto distinto dallo strumento (e delle caratteristiche) mediante il quale tale tutela era realizzata.

La questione relativa all'individuazione del soggetto al quale spettava affermare i fatti rilevanti nonché acquisire le prove rilevanti in giudizio fu considerata come un problema riguardante la struttura del processo.

Il regime di tutela dei diritti soggettivi e degli interessi protetti doveva essere distinto dalla conformazione interna dello strumento processuale.

Dunque, sebbene le parti avessero il monopolio circa l'instaurazione del processo, il legislatore poteva riservare al giudice, in misura maggiore o minore,

²⁹ T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 734.

³⁰ T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 743, e in particolare nt. 108.

poteri d'ufficio circa l'acquisizione dei fatti rilevanti nel processo o l'assunzione delle relative prove in giudizio.

Il monopolio delle iniziative istruttorie in capo alle parti non rappresentava la conseguenza necessaria ed inevitabile del monopolio delle parti nell'instaurazione del processo.

In definitiva, la dottrina in esame mirava a distinguere il piano della tutela giuridica (collegato alla disciplina sostanziale delle situazioni giuridiche riconosciute dall'ordinamento ai privati) dal piano degli strumenti e delle tecniche processuali finalizzati a conseguirla.

Invero, a voler essere più precisi, quest'ultimo piano ricomprende aspetti strutturali del processo differenti, vale a dire l'introduzione dei fatti nel processo e l'introduzione delle prove rilevanti ai fini della decisione³¹.

La dottrina successiva riconobbe al prof. Tito Carnacini il merito di aver reso manifesta la necessità di distinguere, nonostante le reciproche influenze, gli atti che si riferiscono al momento della richiesta della tutela dell'interesse materiale dedotto in giudizio, dagli atti che attengono alla tecnica e alla struttura interna del processo.

Tuttavia, la critica principale mossa alla dottrina innanzi richiamata fu proprio relativa al fatto che il fenomeno delle allegazioni dei fatti in giudizio, vale a dire l'affermazione dei fatti, sembrava essere stato ricondotto al principio dispositivo³².

³¹ T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 764, nt. 157, osserva che "bisogna tenere distinta l'affermazione dei fatti dai mezzi per provarli, e quindi la deduzione dei primi da quella dei secondi, a sua volta comprendente sia la proposizione sia la produzione delle prove".

³² M. Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, Milano, 1962, 147 ss., osserva che "la dove Carnacini, pur proponendosi di distinguere tra un momento che ha riguardo alla disposizione alla disposizione del diritto sostanziale e della sua tutela, ed un momento il quale implica, invece, una mera scelta della tecnica processuale, inserisce in questo anziché in quel momento, oltreché la deduzione probatoria, anche la fase della allegazione dei fatti giuridici, collocando così sullo stesso piano, come ha fatto la dottrina sceveratrice tedesca, due fenomeni – la scelta del materiale di fatto, e quella dei mezzi per provarlo – appartenenti l'uno al momento della disposizione del diritto, l'altro alla pura e semplice tecnica processuale". Tuttavia, come innanzi precisato, nello

A tal proposito, fu osservato che “*l'allegazione non può collocarsi nella categoria degli atti processuali pei quali, vige, se vige, la Verhandlungsmaxime, ma deve necessariamente inserirsi nella stessa categoria cui appartiene la domanda giudiziale: dunque nella categoria degli atti processuali soggetti, per necessaria conseguenza del carattere privato del rapporto litigioso, al potere dispositivo delle parti (Dispositionmaxime)*”³³.

4. La questione del fondamento del principio dispositivo (o principio di disponibilità delle prove).

Una volta precisato il significato del principio dispositivo (o principio di disponibilità delle prove) nei termini innanzi illustrati, si pose la questione relativa all'individuazione del fondamento³⁴, dal momento che la sua ragion d'essere non poteva più coincidere con la natura disponibile del rapporto giuridico controverso dedotto in giudizio.

Orbene, il prof. Enrico Tullio Liebman individuò il fondamento del principio dispositivo nell'esigenza di salvaguardare l'imparzialità del giudice rispetto all'eventuale attribuzione allo stesso di poteri di iniziativa probatoria “*ex officio*”.

L'Autore sosteneva che l'imparzialità del giudice poteva essere compromessa dal fatto che il giudice avrebbe dovuto valutare una prova della

scritto del Carnacini comunque in nota n. 157 vi è la distinzione a livello teorico tra affermazione dei fatti e proposizione dei mezzi per provarla.

³³ M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, 329 ss.

³⁴ E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1960, 554, chiariva che il principio dispositivo doveva essere inteso come un principio esclusivamente tecnico del processo, “*cioè come una di quelle regole che le parti devono osservare per adeguarsi alle esigenze proprie del meccanismo che esse medesime hanno posto in essere*”. (...) *D'altra parte, di questo principio tecnico, per il quale si rifiuta qualsiasi giustificazione che si richiami anche solo indirettamente alle caratteristiche del diritto privato, non viene offerta nessun'altra spiegazione, quasi che la qualificazione che gli si è data escluda la necessità di ulteriori ragguagli. Il vero è, invece, che anche le regole tecniche hanno una loro precisa ragione d'esser, almeno in termini di adeguamento dei mezzi al fine da raggiungere. Per quale motivo si ritiene dunque che la struttura e il buon funzionamento del processo richiedono che siano le parti e non il giudice ad avere l'iniziativa istruttoria*”.

quale lui stesso ne aveva disposto l'acquisizione, in via autonoma e senza alcuna sollecitazione delle parti.

Invero, ad avviso della dottrina in esame, la scelta del codice del 1940 di attribuire poteri officiosi al pubblico ministero e non all'organo giudicante³⁵ era espressione della consapevolezza del legislatore che *“l'imparzialità e la neutralità del giudice possono rimanere psicologicamente compromesse, qualora gli incomba anche il compito e la responsabilità di rilevare i fatti influenti per la decisione e di cercare i mezzi idonei a provarli: altri devono perciò essere i soggetti forniti dei poteri attivi necessari ad esercitare questi compiti, in modo da lasciare al giudice quello solo di giudicare con piena libertà di spirito sulle allegazioni e sulle prove altrui”*³⁶.

La scelta di riservare i poteri istruttori alle parti quando erano in discussione rapporti giuridici che rientravano nella libera disponibilità delle parti rispondeva ad esigenze di opportunità, come dimostrato dalle scelte del legislatore di segno opposto, ed era finalizzata a preservare il giudice nella sua doverosa condizione di imparzialità.

³⁵ Con riferimento alla tradizionale contrapposizione tra sistema dispositivo e sistema inquisitorio, la dottrina esame sosteneva che non poteva definirsi “inquisitorio” un processo che sia per la sua proposizione, sia per la raccolta delle prove, non dipendeva dal giudice ma dal pubblico ministero. *“Nella teoria del processo civile può dunque essere logico parlare di un sistema inquisitorio, come figura opposta a quella normale del processo di tipo dispositivo, quando per una determinata categoria di liti i poteri di iniziativa istruttoria sono affidati al giudice; non lo è più quando quei poteri sono invece conferiti, oltre che alle parti, al pubblico ministero, ma in ogni modo non al giudice. Il vero che i sistemi sono divenuti tre, diversi tra di loro e non confondibili, né ridicibili a due, perché a quello dispositivo e a quello inquisitorio se ne è aggiunto un terzo, che differisce nettamente così dall'uno come dall'altro e non può dirsi che sia vicino più ad uno di essi che all'altro”*. Tuttavia, *“tanto il sistema dispositivo, quanto quello che attribuisce al pubblico ministero poteri attivi nell'istruzione, hanno in comune di lasciare il giudice in una posizione estranea alla trattazione e passiva di fronte alle iniziative di altri soggetti del processo, in modo da potere col massimo di imparzialità sia decidere introno all'ammissibilità, alla rilevanza e all'attendibilità delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, sia apprezzarne il risultato probatorio”*; in tal senso, E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in Riv. Dir. proc., 1960, 558.

³⁶ E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in Riv. Dir. proc., 1960, 562 ss.

La tesi secondo la quale i poteri di iniziativa probatoria nel processo dovevano essere ricondotti al monopolio delle parti al fine di salvaguardare l'imparzialità del giudice è stata ripresa anche dalla dottrina successiva.

In particolare, il prof. Elio Fazzalari muoveva dall'individuazione dell'imparzialità quale fondamento del principio dispositivo per analizzare il fenomeno dell'attribuzione di poteri istruttori d'ufficio in capo al giudice.

L'Autore riteneva che il riconoscimento di poteri istruttori in capo al giudice non potesse minare la parità processuale effettiva tra le parti del processo.

Ad avviso della dottrina in esame, la scelta di attribuire poteri d'iniziativa processuale al giudice non poteva giustificarsi sulla scorta della "*necessità di proteggere, in seno al processo, il cittadino più debole*³⁷".

Tuttavia, riservata alla parte l'allegazione dei fatti, si riteneva che il margine di disponibilità d'ufficio delle prove potesse essere ampliato ma con due precisi limiti: da una parte, occorreva mantenere la tipizzazione dei mezzi di prova, senza la quale si rischiava di vulnerare la parità fra i cittadini; dall'altra, era necessario assicurare il contraddittorio, "*sia in termini di nuove allegazioni e prove a petto della prova disposta d'ufficio, sia in termini di pieno controllo nell'assunzione della prova*³⁸".

In ogni caso, l'ampliamento dei poteri di iniziativa istruttoria in capo al giudice non poteva indirizzarsi a favore di una parte piuttosto che di un'altra.

Era possibile, invece, che *de iure condendo* fossero attribuiti al giudice poteri istruttori, sebbene era essenziale individuarne limiti e condizioni di esercizio al fine di tutelare la parità e il contraddittorio tra le parti.

5. L'affermazione del principio dispositivo (o di disponibilità delle prove) nel processo civile in forma attenuata e il riconoscimento di poteri istruttori al giudice

Già all'indomani dell'emanazione del codice di procedura civile del 1940, la dottrina aveva evidenziato che l'operatività del principio dispositivo non poteva

³⁷ E. Fazzalari, L'imparzialità del giudice, in Riv. Dir. proc., 1972, 196.

³⁸ E. Fazzalari, L'imparzialità del giudice, in Riv. Dir. proc., 1972, 201 ss.

impedire necessariamente al giudice la possibilità di scegliere da sé i metodi di indagine³⁹; soltanto gli *allegata* costituivano il confine invalicabile dell'accertamento del giudice⁴⁰.

Come innanzi descritto, gli Autori che approfondirono la tematica dell'individuazione del fondamento del principio dispositivo processuale verificarono che, nonostante la ricerca degli strumenti probatori nel processo civile fosse ispirata e caratterizzata in maniera prevalente dal predetto principio, *de iure condendo* potevano essere legislativamente riconosciuti al giudice poteri relativi all'iniziativa e all'acquisizione probatoria.

Tra l'altro, era innegabile che, al di fuori del processo civile ordinario di cognizione, il legislatore avesse conferito al giudice "poteri inquisitori" (ad esempio nel processo del lavoro).

Nonostante ciò, alla fine degli anni settanta, parte della dottrina, nel richiamare gli studi di Liebman sul fondamento del principio dispositivo, ribadiva che il legislatore aveva fatto del principio dispositivo il cardine del sistema istruttorio nel processo civile⁴¹, sebbene vi fossero ipotesi eccezionali nelle quali il giudice poteva disporre d'ufficio delle prove.

Invero, il giudice poteva ricercare fonti di prova autonomamente nei casi previsti dalla legge, *"purché queste siano (fossero) acquisite al processo con mezzi istruttori predisposti dalla legge e rispetto a tale acquisizione le parti abbiano (avessero) garanzie di contro dedurre e di controprovare, purché, in altre parole, le parti stesse si possano (potessero), in contraddittorio difendere anche di fronte alle iniziative probatorie del giudice, senza soggiacere ad un suo incontrollabile e "atipico" arbitrio"*⁴².

³⁹ V. Andrioli, voce Prova in genere, Nuovo Dig. It., 1939, 823 ss.; P. Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Padova, 1941, 244 ss.

⁴⁰ E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice. I. Contributo al chiarimento del dibattito, Napoli, 2008, 127.

⁴¹ L. Montesano, Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile, in Rivista trim. dir. proc. civ., 1978, 191 ss.

⁴² L. Montesano, Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile, in Rivista trim. dir. proc. civ., 1978, 196. L'Autore osservava, inoltre, che (p. 206) *"ove, peraltro, come accade nel nuovo processo del lavoro, il giudice possa, a differenza delle parti, soggette a rigide preclusioni "disporre d'ufficio in qualsiasi momento*

Invero, anche a seguito della riforma del 1990, è stato sostenuto che il legislatore non ha abbandonato, soprattutto per il processo ordinario di cognizione, l'impostazione originaria in virtù della quale le prove sono affidate in via generale alla disponibilità delle parti ⁴³.

Volendo delineare una conclusione "provvisoria" sulla ripartizione dei poteri istruttori secondo la tradizionale ricostruzione nel processo civile, può sostenersi che, al di là dei singoli orientamenti dottrinali, è stata accolta una nozione di "principio dispositivo in senso processuale" in forma attenuata, in virtù della quale, da una parte, come regola generale nel processo civile, solo alle parti spetta l'indicazione dei mezzi di prova a sostegno dei fatti allegati in giudizio (art. 115, primo comma, c.p.c.), dall'altra, come eccezione, anche al giudice sono riconosciuti poteri istruttori autonomi. *"L'art. 115 c.p.a. non dimostra che solo alle parti, e non anche al giudice, spetti il compito, o il potere-onere, di ricercare le fonti di prova"* ⁴⁴.

In altri termini, il principio dispositivo (in senso processuale) riconosce alle parti, tendenzialmente in via esclusiva, il potere (e il corrispondente onere) di intraprendere iniziative istruttorie al fine di provare i fatti allegati al processo, salvo non diversamente previsto dal legislatore. Infatti, per particolari esigenze concrete, il legislatore può attenuare la portata di un simile principio, riconoscendo in capo al giudice ampi poteri istruttori ufficiosi (artt. 61, 117, 118, 213, 240, 241, 257, 281 ter e 421 c.p.c.).

Tale esigenza si pone, soprattutto, nel rito del lavoro.

In definitiva, può affermarsi che la dottrina tradizionale ha risolto la questione della distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori nel processo civile mediante il riferimento al binomio antitetico tra "principio

l'ammissione di ogni mezzo di prova", la migliore soluzione interpretativa mi pare quella di limitare tale potere alle fonti di prova che siano emerse da allegazioni e difese delle parti solo in fasi successive a quelle preclusioni, impedendo al giudice di liberare, in sostanza, l'una o l'altra parte dalle conseguenze sfavorevoli delle negligenze difensive in cui sia incorsa fino al momento preclusivo delle sue iniziative istruttorie".

⁴³ G. F. Ricci, Principi di diritto processuale generale, 346.

⁴⁴ L. Montesano, Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile, in Rivista trim. dir. proc. civ., 1978, 199.

dispositivo” e “principio inquisitorio”⁴⁵, stabilendo generalmente la prevalenza del primo, talvolta in forma “attenuata”⁴⁶.

6. La distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori nel processo amministrativo prima dell’emanazione del Codice.

a) La connotazione del sistema istruttorio alle origini del processo amministrativo.

L’impostazione originaria del processo amministrativo era completamente differente rispetto a quella del processo civile⁴⁷.

⁴⁵ Si vedano, oltre agli autori innanzi richiamati, L. P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 1998, 14, 45 e 53 ss.; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Milano, 105 ss.; G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 220 ss.; G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, Padova, 2007, 267 ss.; G. F. Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2012, 342 ss.; C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I. I soggetti e gli atti. Torino, 2008, 371 ss.

⁴⁶ Per la qualificazione del modello di istruttoria nel processo civile come “modello dispositivo attenuato” o “misto” si vedano C. Vellani, *La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro*, 992 ss.; M. Taruffo, E. Silvestri, voce *Istruzione*. I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Roma, 1997, 8 ss.

La dottrina ha sostenuto che, accanto al modello dispositivo e a quello inquisitorio, sia possibile teorizzare l’esistenza di un “modello misto”, nel quale la distribuzione dei poteri di istruzione e di prova fra le parti e il giudice subisce una logica relativizzazione, riconoscendo alle une oppure all’altro un ruolo prevalente (ma non certo esclusivo), a seconda dei momenti storici, della natura delle controversie o dei tipi di procedimento disponibili, in tal senso L. P. Comoglio, *Istruzione e trattazione nel processo civile*, 233 ss.

⁴⁷ Per una ricostruzione storica dell’istruttoria nel processo amministrativo si vedano F. Cammeo, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916; G. Corso, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, *ivi*, vol. XVIII; F. Benvenuti, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973; G. Santaniello, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, 1988; G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991; M. E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull’esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull’istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984 e in *Opere giuridiche*, Napoli, 2001; F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1 2001; S. Tarullo, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l’ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002; L. Migliorini, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990; Id., *L’istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977; Id., *I problemi dell’istruzione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1988 e, da ultimo, M. D’Orsogna, *La*

Come ampiamente noto, il sistema di giustizia delineato dalla legge abolitrice del contenzioso del 1865 lasciava aree estese dell'attività amministrativa sottratte al sindacato giurisdizionale.

Orbene, nei suddetti casi, nonostante i poteri di ispezione e di controllo che l'amministrazione stessa esercitava sul proprio operato, *“è evidente che l'amministrazione, presa come un tutto nel definire le opposizioni e le difficoltà, che gli atti dei suoi agenti incontrano negli interessi individuali, finisce (finiva) con l'essere arbitra in casa propria”*.

Di qui si pose la necessità di un istituto nuovo, più consono alla coscienza progredita del diritto e al maggior bisogno di giustizia nelle pubbliche amministrazioni in proporzione alla maggiore estensione degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa.

Venne così istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato con la l. del 2.09.1889; nel discorso per l'inaugurazione della predetta Sezione, Silvio Spaventa osservava che *“in questa giurisdizione non si tratta (trattava) di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente, se il diritto obiettivo sia stato osservato. Ciò può servire mediatamente anche all'interesse dell'individuo, ma non è l'immediata conseguenza. Il diritto obiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o se può nascerne, non è qui la sede dove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti, ma non è l'oggetto proprio della decisione, e cui tale riesame può mettere capo”*⁴⁸.

fase istruttoria, in F. G. Scoca, a cura di, Giustizia amministrativa, Torino, 2006, 302 ss.; P. de Lise, L'istruzione nel processo amministrativo, in www.giustamm.it. Sul tema si vedano anche C. E. Gallo, L'istruttoria processuale, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. Cassese, Diritto amministrativo speciale, Tomo, V, II ed., Milano, Giuffrè, 2003; N. Saitta, Sistema di giustizia amministrativa, Milano, 2009, 209 ss; A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, Giappichelli, 2008.

⁴⁸ In tal senso, si veda il Discorso inedito di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della IV Sezione (per R. Ricci), pubblicato in Riv. Dir. Pubbl., 1909, I, 310 ss.

Il sindacato del giudice serviva a ristabilire - nell'interesse pubblico generale - la legalità violata dall'amministrazione a seguito dell'emanazione di atti amministrativi illegittimi⁴⁹.

La giurisdizione rappresentava un mezzo di semplice riconoscimento dell'osservanza del diritto pubblico obiettivo.

La funzione giurisdizionale si caratterizzava per la necessità di apprestare tutela all'interesse pubblico; il ruolo del giudice era quello di verificare che l'atto emanato dalla pubblica amministrazione fosse conforme al dettato normativo.

Il contenuto della decisione del giudice era il risultato di un giudizio di annullamento o di conferma dell'atto impugnato⁵⁰.

Il giudice verificava la legittimità degli atti amministrativi, limitandosi a valutare se l'amministrazione avesse correttamente applicato le regole di legittimità ai fatti che emergevano dalle risultanze documentali acquisite e che avrebbero dovuto essere posti a base del provvedimento finale⁵¹.

A seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato⁵², dottrina e giurisprudenza discussero se il giudice amministrativo potesse estendere

⁴⁹ Sull'originaria impostazione del processo amministrativo si veda S. Perongini, La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora", Napoli, 1999, 268 e la bibliografia ivi richiamata. In particolare, si veda S. Trentin, La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, Pisa, 1910, 228 ss., il quale rilevava la natura di diritto obiettivo della giurisdizione conferita al Consiglio di Stato, deducendone la possibilità di un sindacato del giudice esteso a tutti i vizi del provvedimento impugnato, anche se non oggetto di censura della parte.

⁵⁰ In tal senso, si veda il Discorso inedito di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della IV Sezione (per R. Ricci), pubblicato in Riv. Dir. Pubbl., 1909, I, 310.

⁵¹ Sul tema si vedano V. Spagnuolo Vigorita, Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1984, 16 ss.; N. Paolantonio, L'istruzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura degli atti parlamentari, in Quaderni di Dir. proc. amm., 1991, 59 ss.; S. Perongini, La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora", Napoli, 1999, 274.

⁵² Si tenga presente sino al 1907, tuttavia, fu discussa la natura giurisdizionale della neo-istituita IV sez. del Consiglio di Stato; il giudice amministrativo era nato come una specie di controllore dell'amministrazione. Sul tema si vedano V. Spagnuolo Vigorita, Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1984, 16 ss.; N. Paolantonio, L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura degli atti parlamentari, Milano, 1991, 59 ss.; V. Scialoja, Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale, in Riv. Dir. pubbl., 1931, I, 1907.

il suo esame anche a motivi e a vizi di legittimità dell'atto amministrativo impugnato che non erano stati dedotti dal ricorrente⁵³.

Sulla scorta della connotazione del Consiglio di Stato come giurisdizione di diritto obiettivo, una parte della dottrina sostenne che il giudice potesse estendere il suo sindacato a tutti i vizi riscontrabili nell'atto; un orientamento affermava il potere del giudice di introdurre fatti nel processo⁵⁴; in altri casi, si riteneva possibile che il giudice, nell'ambito dei vizi di legittimità denunciati, potesse individuare tutte le violazioni particolari contenute nel vizio fatto valere⁵⁵; altri Autori, invece, sembravano restringere il potere del giudice alla possibilità di esperire le prove, tra l'altro solo sui fatti già introdotti nel processo⁵⁶.

A tal proposito si tenga presente che il regime delle prove nel processo amministrativo era imperniato sulla “*prova di ufficio*” e non su “*proposizione di parte*”, discostandosi dal sistema vigente nel processo civile⁵⁷.

Il giudice amministrativo, in sede di legittimità, aveva la possibilità di istruire la controversia sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 16 della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato del 31.03.1889 n. 5992⁵⁸,

⁵³ Così riferisce S. Perongini, Il provvedimento amministrativo “ora per allora” nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”, Napoli, 1999, 268, in particolare nt. 134.

⁵⁴ Era l'opinione dominante. In tal senso si vedano Cammeo, Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa, Giust. It., 1916, III, 109 ss.; D'Alessio, Le parti nel giudizio amministrativo, Roma, 1915, 264 ss.; Dallari, Il sistema delle prove nel giudizio amministrativo, in Studi senesi, 119, 43 ss.; U. Borsi, La Giustizia amministrativa, Padova, 1941, 319.

⁵⁵ In tal senso, S. R. Trentin, La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, Pisa, 1910, 228.

⁵⁶ V. E. Orlando, La giustizia amministrativa, in ID., Primo Trattato di diritto amministrativo italiano, Milano, 1907, II, 481 ss.; A. Romano, Principi di diritto amministrativo italiano, Milano, 1912, 237; C. Vitta, Diritto amministrativo, II, Torino, 1937, 625 ss.; C. Lessona, La giustizia, 160 ss.; Bodda, Appunti di giustizia amministrativa, Torino, 1945, 92; Zanobini, Corso di diritto amministrativo, II, 291 ss.

⁵⁷ In tal senso, F. Cammeo, Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa, in Giur. It., 1916, 109 ss. 103 ss.

⁵⁸ L'art. 16 della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato del 31.03.1889 n. 5992 stabiliva che “*Se la sezione riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti, od ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove*

dall'art. 36 del testo unico 17 agosto 1907 n. 638, dalle norme contenute nel Titolo II del testo unico del 17 agosto 1907 n. 642, recante il Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale⁵⁹ e, successivamente, dall'art. 44 del Regio decreto del 26 giugno 1924 n. 1054 recante il "Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato"⁶⁰.

Le norme erano scarse⁶¹.

Il giudice amministrativo era chiamato ad accertare se l'atto amministrativo era viziato da violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza.

Orbene, ad avviso della giurisprudenza, *"costituiva violazione di legge sindacabile dalle giurisdizioni amministrative in sede di legittimità la non corrispondenza fra una specie di fatto e l'ipotesi preveduta dalla legge o dal*

verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti".

⁵⁹ In particolare, l'art. 26 del testo unico del 17 agosto 1907 n. 642 sanciva che *"le sezioni giurisdizionali possono richiedere all'amministrazione e ordinare alle parti di produrre quegli atti e documenti che credono necessari per la decisione della controversia. Possono pure richiedere che l'amministrazione faccia eseguire nuove verificazioni, fissando il termine entro cui dev'essere depositata la relazione. Le parti sono, a cura dell'amministrazione, avvisate, almeno cinque giorni prima, del luogo, del giorno e dell'ora in cui si eseguiranno le verificazioni"*.

⁶⁰ L'art. 44 del Regio decreto del 26 giugno 1924 n. 1054 sanciva che *"se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti. Nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura"*.

⁶¹ Per quanto riguarda, invece, le norme che disciplinavano l'istruttoria del procedimento dinanzi alle Giunte amministrative provinciali si vedano l'art. 11 del R. D. n. 639/1907, secondo il quale *"se la giunta provinciale 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 in merito può promuovere il parere dei corpi consultivi istituiti per legge o per regolamento, richiedere alla 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. Ove le verificazioni ordinate importino spese debbono essere anticipate dalla parte ricorrente"*; e l'art. dell'art. 14 del Regio decreto 26 giugno 1924, n. 1058, recante *"Approvazione del testo unico delle leggi sulla Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 7 luglio 1924, n. 158"*.

*regolamento; costituiva eccesso di potere la contraddizione tra i fatti e il contenuto di un provvedimento*⁶²; i giudici amministrativi avevano a tal uopo, anche in sede di legittimità, la facoltà di ordinare una istruttoria per l'accertamento dei fatti (Cons. Stato, 21.12.1906).

I poteri istruttori erano riservati al giudice che, tuttavia, poteva esercitarli solo in presenza di determinati presupposti.

In particolare, se l'istruttoria effettuata in sede amministrativa si dimostrava incompleta⁶³ e se i fatti affermati nell'atto o nel provvedimento impugnato erano in contraddizione con i documenti acquisiti al processo, il giudice poteva richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti, ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed a produrre determinati documenti.

Era escluso ogni apprezzamento sui fatti accertati, nel senso che quando l'istruttoria in sede amministrativa fosse completa e i fatti tuttavia risultassero dubbi, restava insindacabile il convincimento dell'amministrazione stessa.

Il giudizio sul fatto poteva aversi soltanto al fine di ricercare il contrasto fra le circostanze di fatto poste a base del provvedimento e quelle emergenti dagli elementi di prova raccolti, o che avrebbero dovuto raccogliersi, per stabilire se i fatti stessi, come premessa del giudizio logico contenuto nell'atto, corrispondessero alle conclusioni di tale giudizio (Cons. di Stato, 11.04.1930).

⁶² Cons. Stato, IV, 18-22.08.1905, in *Giur.it.*, 1905, III, 411 e 421, e nota; Cons. Stato, IV, 21.12.1906, in *Giur. It.*, 1907, 143 ss.. Sull'eccesso di potere si veda Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. It.*, 1892, III, 114 ss.

⁶³ L'espressione "istruzione dell'affare" utilizzata nell'art. 44 del R. G. n. 1054/1924, T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (che riproponeva la disposizione di cui all'art. 16 della legge n. 5992/1889) venne tradizionalmente riferita all'istruzione effettuata in sede amministrativa. Dunque, se l'istruzione amministrativa si fosse palesata come incompleta, il giudice avrebbe potuto esercitare i suoi poteri istruttori.

Va segnalato, sin da ora, che nella dottrina successiva un Autore ne propose anche una diversa interpretazione. F. Benevenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano, 1953, 160 ss., infatti, sostenne che con la formula "istruzione dell'affare" si intendesse "l'istruzione processuale". La tesi non riscosse successo. M. Nigro continuò ad interpretarla in senso tradizionale, riconoscendo tuttavia il contrasto tra la previsione dell'art. 44 T. U. Consiglio di Stato e l'impostazione del processo amministrativo come processo di parti e proponendone l'abrogazione.

Non deve stupire, in tal senso, se la giurisprudenza sostenne che, nell'esercizio della giurisdizione di legittimità, le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato potevano essere *“giudici del fatto nei limiti della indagine sul vizio di eccesso di potere”*. (Cons. di Stato, 11.04.1930).

Si diffuse la convinzione che l'istruttoria processuale fosse soltanto una forma di rimedio contro l'incompletezza dell'istruttoria curata dall'amministrazione⁶⁴.

Le parti avrebbero potuto richiedere l'assunzione di un mezzo istruttorio ma la scelta circa l'opportunità della relativa acquisizione era rimessa al Presidente⁶⁵.

In generale, l'ammissione della prova competeva al giudice, *“perché l'accordo delle parti non impone, senz'altro, come nel processo civile, di consentire al richiesto mezzo, bensì lo lascia (lasciava) arbitro di ammetterlo o no, secondo il suo apprezzamento di opportunità circa l'utilità e la verosimiglianza della prova richiesta, cioè secondo il suo convincimento”*⁶⁶.

In un sistema processuale di tal genere, non poteva trovare spazio il meccanismo dell'onere della prova. *“Quando è il giudice che dispone la prova d'ufficio non vi può essere né onere della prova né ripartizione 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 designare di volta in volta (p. es. nell'ordinare l'esibizione di documenti), su chi l'onere stesso venga a gravare. Naturalmente, il ricorrente per maggiore sicurezza e sollecitudine può sentirsi indotto ad assumersi spontaneamente l'onere della prova”*⁶⁷.

⁶⁴ L. Raggi, Questioni in materia di prova nei procedimenti dinanzi alle sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le G.P.A., in Arch. Giur. Serafinini, serie III, XIII, 1910, 177 ss.

⁶⁵ L'art. 28 del R. D. n. 642/1907 stabiliva che *“se una delle parti domanda l'assunzione di un mezzo istruttorio e le altre aderiscono, il presidente, qualora ne riconosca l'opportunità, dà atto alle parti della domanda ed emette le disposizioni che occorrono per la esecuzione”*.

⁶⁶ In tal senso, F. Cammeo, Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa, in Giur. It., 1916, 109 ss.

⁶⁷ In tal senso, F. Cammeo, Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa, in Giur. It., 1916, 110.

Il ricorrente poteva rappresentare l'esigenza di acquisire determinate prove in giudizio, ma la decisione era comunque rimessa in ultima istanza al giudice ⁶⁸.

Le parti potevano solo limitarsi a dimostrare l'incompletezza dell'istruttoria o potevano produrre documenti al fine di sollevare "*il dubbio sulla parte di fatto del provvedimento*" ⁶⁹ e persuadere il giudice ad una istruzione della causa più rigorosa.

"Quest'onere spontaneamente assunto non concerne (va) tanto la prova completa dell'erroneità dei fatti posti a luce dal provvedimento o di quelli che possono eliminarne le conseguenze giuridiche, quanto la prova preliminare degli indizi (principio di prova), che valgono (valessero) a indurre il giudice a ordinare la prova completa" ⁷⁰.

La dottrina sosteneva che "*nella procedura amministrativa non vale il principio che l'onere della prova incombe rigorosamente sul ricorrente, perché le giurisdizioni amministrative hanno la possibilità di istruire d'ufficio: perciò, in difetto di prova fornita dall'attore, non è lecito dire che il ricorso deve essere respinto, ma in vista delle facoltà di istruzione d'ufficio, bisogna dire che può esserlo. Comunque potrebbe doversi respingere. La stessa scelta di istruire d'ufficio non può esercitarsi se non vi sia un principio di prova già emergente dai documenti o dall'istruzione non ritenuta completa, che ha avuto luogo per parte dell'amministrazione attiva. L'onere di fornire questo principio di prova grava sul ricorrente. Se egli non vi provvede e se la lacuna non è colmata dalle produzioni dell'autorità o degli interessati resistenti, nemmeno l'istruzione d'ufficio può essere ordinata e il ricorso deve essere respinto*" ⁷¹.

⁶⁸ Cfr. Cons. Stato, V, 20.12.1915.

⁶⁹ In tal senso, F. Cammeo, Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa, in Giur. It., 1916, 110.

⁷⁰ In tal senso, F. Cammeo, Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa, in Giur. It., 1916, 110.

⁷¹ In tal senso F. Cammeo, La produzione dei documenti dinanzi alla IV e V sezione e alla G.P.A., in Giur. It., 1912, 93 ss.

Dunque, l'omesso deposito tempestivo dei documenti non poteva automaticamente comportare la dichiarazione di irricevibilità del ricorso.

Infatti, se nonostante l'omesso deposito o la produzione tardiva dei documenti, vi erano elementi *aliunde* desumibili, specie dalle risultanze dell'atto impugnato o dalle produzioni o dalle ammissioni dell'autorità, per decidere in fatto, anche a favore del ricorrente, i giudici potevano decidere nel merito.

Se il principio di prova risultava acquisito *aliunde*, il giudice poteva disporre l'istruttoria d'ufficio e ordinare d'ufficio la produzione dei documenti esistenti e non esibiti. In tal modo, il ricorrente poteva pure vedere accolte le sue domande.

L'onere della prova non era una prerogativa delle parti. Non sarebbe coerente con la possibilità dell'istruzione d'ufficio, che autorizzava una ripartizione dell'onere probatorio diverso ad opera del giudice.

Quest'ultima, tuttavia, tanto poteva esserci quando il giudice dovesse ritenere l'istruzione dell'affare incompleta o contraddittoria; in tal senso, il ricorrente poteva offrire elementi (il cd. "principio di prova") nel senso che il ricorrente poteva convincere il giudice circa la necessità di istruzione ulteriore e approfondita; la nozione di "principio di prova" non si riferiva a elementi sui fatti da rappresentare, ma a elementi che occorreva approfondire nel corso dell'istruzione.

Il giudice poteva individuare la parte sulla quale far gravare l'onere della prova (ordinando alla pubblica amministrazione l'esibizione dei documenti).

L'interesse del ricorrente si esauriva nel dimostrare essenzialmente la incompletezza dell'istruttoria o nel produrre documenti che gettassero dubbi sulla parte di fatto del provvedimento.

Per quanto riguarda i singoli mezzi di prova, si discuteva sull'ammissibilità della prova testimoniale dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.

La questione fu affrontata dalla IV sez. senza una soluzione definitiva (Cons. Stato, IV, 17.11.1893 in Giur. It., 1894, III, 13 ss.). La dottrina, invece, ne aveva sostenuto l'ammissibilità⁷². Successivamente, tuttavia, la IV sezione assunse un orientamento costante e negativo circa l'ammissibilità della prova in questione. (Cons. Stato, IV, 8.05.1896)⁷³.

Dunque, nel sistema di giustizia amministrativa delineatosi all'indomani della istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, la ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti era assolutamente sbilanciata a favore del giudice, al quale era rimessa la decisione circa l'istruzione del processo.

In definitiva, il vincolo originario del giudice era assai debole già per quanto riguarda la delimitazione dell'oggetto del giudizio; facendo leva sull'inquadramento del processo amministrativo come ipotesi di giurisdizione obiettiva, era possibile che il giudice introducesse in giudizio fatti diversi rispetto a quelli introdotti dalle parti; invero, la delimitazione dei poteri del giudice relativi all'introduzione dei fatti non era una questione pacifica in dottrina e in giurisprudenza, come innanzi illustrato. C'erano "margini" per l'estensione dei poteri del giudice al di là dei confini segnati dalle parti nell'instaurazione del giudizio.

Dunque, coerentemente, la scelta dell'*an* e del *quomodo* dell'istruzione probatoria, era rimessa al giudice.

All'epoca, il ruolo delle parti nell'istruzione probatoria può definirsi "occasionale", a ben vedere come la tutela giurisdizionale riservata agli interessi di cui erano titolari che, tanto trovavano tutela dinanzi ad un giudice poiché coincidevano con l'interesse pubblico generale⁷⁴.

⁷² C. Lessona, Teoria delle prove nel diritto giudiziario, Firenze, 1909.

⁷³ A ben vedere, se l'art. 35 del reg. di proc. dinanzi alla g.p.a. autorizzava la sommaria assunzione dei testimoni, l'art. 19 del reg. di procedura dinanzi alla IV sezione, invece, taceva sulla possibilità di assumere la prova testimoniale.

⁷⁴ In tal senso, L. MEUCCI, Il principio organico del contenzioso amministrativo, in Giust. amm., 1891, IV, 1 ss.; O. RANELLETTI, Diritti subbietivi e interessi legittimi, in Foro it., 1893, I, 481 ss.; L. MEUCCI, Istituzioni di diritto amministrativo, Torino, 1905, 134 ss.; L. PICARDI, La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa, in Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario, II, Roma,

Questo è il punto di partenza dell'indagine.

Successivamente il processo amministrativo ha subito una lenta e graduale evoluzione, di cui si ripercorreranno brevemente le tappe più significative, prestando attenzione alle caratteristiche dell'istruzione probatoria e ai principi che l'hanno caratterizzata.

b) La connotazione del processo amministrativo come processo di parti e l'elaborazione del "sistema istruttorio dispositivo con metodo acquisitivo".

Negli anni cinquanta, la dottrina confutò definitivamente la tesi che il processo amministrativo fosse espressione di una giurisdizione di diritto obiettivo⁷⁵.

La necessità di assicurare la tutela del preminente interesse pubblico non giustificava l'attribuzione al giudice di ampi poteri relativi all'introduzione dei fatti⁷⁶. Era diffusa la convinzione che si potesse desumere *"una giustificazione all'attribuzione di un così vasto potere al giudice amministrativo dal fatto che il giudizio amministrativo sarebbe soprattutto diretto a garantire obbiettivamente*

1932, 115 ss.; P. BODDA, Interesse a ricorrere e interesse legittimo, in Foro amm., 1935, I, 148; O. RANELLETTI, Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione, Milano, 1934, 161 ss.; U. BORSI, La giustizia amministrativa, Padova, 1934, 49 ss.; U. FORTI, Diritto amministrativo, III, Napoli, 1945, 51 ss.; G. ZANOBINI, Corso di Diritto amministrativo, I, Milano, 1958, 187 ss.

Sulla parabola evolutiva dell'interesse legittimo F.G. SCOCA, La "gestazione" dell'interesse legittimo, in Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, I, Padova, 2007, 283 ss.; F.G. SCOCA, Le situazioni giuridiche soggettive dei privati, in F.G. SCOCA (a cura di), Diritto amministrativo, cit., 49 ss.. Sulle vicende storiche e dogmatiche dell'interesse legittimo F.G. SCOCA, Contributo sulla figura dell'interesse legittimo, cit., 9 ss.; F.G. SCOCA, Le situazioni giuridiche soggettive dei privati, cit., 47 ss.

Una accurata disamina delle teorie sull'interesse legittimo si vedano in R. VILLATA, L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato, Milano, 1971, 455 ss.

⁷⁵ F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 153.

⁷⁶ *"Dalla constatazione che in quel giudizio l'interesse pubblico alla realtà dei presupposti di fatto della decisione è più intensamente e costantemente sentito così da diventare prevalente e che gli interessi opposti dalle parti contendenti sono meno direttamente influenti sulla situazione controversa se ne dedusse infatti senza esitanze, il potere del giudice di introdurre per suo conto fatti in giudizio"*, in tal senso F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 153.

*l'osservanza della legge e con ciò piuttosto l'interesse pubblico che quello dei privati*⁷⁷”.

In altri termini, le argomentazioni a sostegno della tesi della natura obiettiva della giurisdizione amministrativa non avevano fondamento.

Innanzitutto, seppure il processo amministrativo assolveva ad una funzione di garanzia del diritto obiettivo, ciò non implicava necessariamente che la giurisdizione amministrativa fosse di tipo obiettivo; la dottrina evidenziò che “*è soltanto dalla maniera in cui viene attuata quella funzione, che dipende la soluzione circa il riconoscimento al giudice e alle parti di una determinata situazione e quindi di determinati poteri*”⁷⁸.

Allo stesso modo, il fatto che i magistrati amministrativi fossero funzionari e che oggetto del giudizio fossero provvedimenti amministrativi non erano “*elementi probanti*” a tal fine.

Anche le scarse disposizioni processuali in materia di istruzione processuale non offrivano un valido sostegno alla tesi della natura obiettiva della giurisdizione amministrativa.

In particolare, l'art. 44 del T. U. del Consiglio di Stato stabiliva che il giudice potesse disporre incompetenti istruttori soltanto se “*l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti*”.

Orbene, la valutazione che il giudice doveva effettuare aveva ad oggetto o “*una contraddizione che egli abbia rilevato sussistere negli stessi atti acquisiti al processo*” o una incompletezza dell'istruzione della controversia “*nel senso che non metta in luce tutti i punti che emergono dalla trattazione in contraddittorio, ovvero può apparire non sufficientemente idonea a chiarire tutti i possibili punti di dissenso*”⁷⁹.

⁷⁷ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 152 ss.

⁷⁸ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 153.

⁷⁹ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 159.

Nelle suddette ipotesi, la valutazione del giudice era limitata al materiale che gli veniva stato fornito dalle parti in giudizio, salvo la possibilità di una istruzione in sede processuale.

Dunque, non era possibile ricavare dall'esegesi dell'art. 44 del T.U. Consiglio di Stato del 1924 un'argomentazione idonea a suffragare la tesi in base alla quale il giudice amministrativo poteva introdurre nuovi fatti in giudizio.

Il giudice non poteva intervenire sulla realtà extraprocessuale.

A ben vedere, invece, ad avviso della dottrina in esame, la formulazione dell'art. 44 deponiva nel senso di limitare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice solo ai fatti introdotti in giudizio dalle parti; *“l'incompletezza non può sorgere che come incompletezza nei confronti della realtà che appare nel processo e non può sorgere alcun potere di disporre se non della stessa realtà processuale, (...) in mancanza di un esplicito contrario conferimento di potere* ⁸⁰».

In definitiva, dopo iniziali tentennamenti⁸¹, anche il giudice amministrativo fu vincolato nella sua decisione alle domande formulate dalle parti costituite in giudizio.

Prevalse la concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa. Anche il processo amministrativo, al pari di quello civile, doveva ritenersi “processo di parti”, senza possibilità per il giudice di ampliare l'oggetto del giudizio⁸².

Si pose, quindi, la questione delle caratteristiche del sistema istruttorio nel processo amministrativo.

Nel tentativo di dare risposta alla suddetta questione, una voce autorevole della dottrina riteneva che i sistemi istruttori processuali si caratterizzassero,

⁸⁰ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 164.

⁸¹ In questi termini S. Perongini, *La formula “ora per allora” nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”*, 1999, 268.

⁸² Cfr. F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953. Successivamente, sulla fissazione dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, si veda A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, I, 1962, 19 ss., 123 ss.

compatibilmente con la natura del processo, a seconda dei poteri riconosciuti al giudice nella ricerca della verità.

Attraverso la disamina delle differenti tipologie di processo (penale, tributario, amministrativo), la dottrina in esame sostenne che la diversità del sistema istruttorio nel processo dipendesse dalla possibilità o meno per il giudice di disporre della realtà extraprocessuale. Pertanto, alla natura dispositiva e a quella inquisitoria del processo corrispondevano rispettivamente due differenti sistemi istruttori.

“L’uno di essi che si può (poteva) chiamare sistema inquisitorio, consiste (va) nella possibilità attribuita al giudice di ricercare al di fuori del processo, mediante un’attività ufficiale, i fatti secondari da cui possono dipendere sia la dimostrazione sia l’esatta configurazione del fatto principale affermato” (83). Questo sistema era generalmente adottato nei processi di tipo inquisitorio nei quali il giudice aveva poteri di intervento sulla realtà extraprocessuale.

“L’altro tipo di istruzione processuale, che si può (poteva) chiamare sistema dispositivo in senso lato, consiste (va) nella necessità che il giudice si attenga (attenesse) nella ricerca della verità ai fatti secondari introdotti dalle parti nel processo, e così nel privare il giudice di ogni potere di agire nella realtà extraprocessuale per disporre, con una disposizione processualmente rilevante, ai fini del controllo dell’affermazione (84)”. Questo sistema era tipico dei processi di parti.

Nei processi di parti, infatti, il riconoscimento al giudice di poteri volti a introdurre la realtà extraprocessuale nel processo si poteva tradurre nella violazione del principio di autonomia delle parti nel processo e della loro eguaglianza dinanzi al giudice.

Dunque, il nesso tra processo di parti e sistema istruttorio di tipo dispositivo nel processo amministrativo era necessario; un’altra tipologia di sistema istruttorio avrebbe snaturato le caratteristiche fondamentali del processo amministrativo come processo di parti.

⁸³ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 184 ss.

⁸⁴ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 184 ss.

Pertanto, la struttura delle relazioni tra le parti e il giudice andava articolata in ordine alla possibilità di intervenire fuori dal processo ad opera dei giudici, in particolare del giudice.

Secondo la dottrina in esame, nel processo di parti, il giudice (*“colui che deve conoscere la realtà”*) non poteva conoscere la realtà se non nei limiti impostigli dagli altri soggetti del processo, vale a dire dalle parti; diversamente, non sarebbe stata rispettata l’uguaglianza tra le parti rispetto al giudice⁸⁵.

I due tipi di sistemi istruttori, tuttavia, servivano ad impostare le possibili attività istruttorie delle parti e del giudice *“sotto il profilo dei limiti esterni”*⁸⁶. Le attività istruttorie, invece, dovevano essere calibrate anche rispetto all’assicurazione della verità.

La dottrina sostenne che *“se il sistema istruttorio determina la struttura delle relazioni tra parti e giudice in ordine alla possibilità di intervenire fuori del processo per conoscere e disporre della realtà materiale, le relazioni tra parti e giudice devono essere determinate, nel processo, anche in ordine alla necessità di garantire l’esattezza e la sufficienza della rappresentazione di quella realtà”*⁸⁷.

Pertanto, accanto al sistema istruttorio, si poneva la questione relativa all’individuazione del *“metodo istruttorio”*, vale a dire del metodo per assicurare una soluzione positiva al problema della verità nel processo⁸⁸.

Invero, nell’indagine relativa al problema della verità e all’individuazione del metodo per il suo accertamento nel processo, la dottrina in esame individuava due tipologie di metodo istruttorio, quello dispositivo e quello inquisitorio.

⁸⁵ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 192 ss.

⁸⁶ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 187 ss.

⁸⁷ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 188 ss.

⁸⁸ F. Benvenuti utilizza l’espressione *“sistema”* per indicare *“l’insieme delle condizioni processuali che impostano le attività istruttorie dei singoli processi in dipendenza della loro natura e struttura fondamentale”*, e l’espressione *“metodo”* con riferimento all’insieme *“delle condizioni processuali che impostano le attività istruttorie dei singoli processi in dipendenza delle esigenze pratiche della ricerca della verità”*. Lo stesso Autore affermava che la scelta delle due espressioni *“sistema”* e *“metodo”* era una scelta in gran parte arbitraria. (p. 189).

Il funzionamento del metodo dispositivo (caratterizzante il processo civile) era l'effetto dell'operare delle condizioni naturali e giuridiche del metodo stesso⁸⁹.

Le condizioni naturali erano rappresentate dal fatto che le parti si trovano in una condizione di diversità rispetto all'oggetto del giudizio, ma erano in grado di superare eventuale situazione di disuguaglianza pratica nel processo.

Le condizioni naturali erano offerte, da una parte, dalla posizione di diversità delle parti rispetto all'oggetto del giudizio e, dall'altra, dalla possibilità pratica che le parti fossero in grado di superare la situazione di disuguaglianza (pratica) in cui si trovavano⁹⁰.

Le condizioni giuridiche del metodo, invece, erano rappresentate dall'autonomia delle parti e dall'autoresponsabilità.

La dottrina in esame riconosceva alle parti piena autonomia rispetto al giudice, vale a dire che riconosceva alle parti il monopolio esclusivo nell'introduzione dei fatti sui quali doveva fondarsi la decisione del giudice.

Le parti avevano la disponibilità della realtà extraprocessuale e di quella processuale. Di regola, l'attività di una parte andava a proprio vantaggio ed era di stimolo all'attività di controparte.

L'autonomia della parte era l'elemento fondamentale (statico) del metodo dispositivo⁹¹.

La seconda condizione giuridica del metodo dispositivo, invece, era rappresentata dall'autoresponsabilità.

La caratteristica fondamentale del metodo dispositivo consisteva nel fatto che l'iniziativa istruttoria era affidata alle parti, le quali, pur trovandosi in una situazione di disuguaglianza sul terreno materiale, erano in grado di superarla su quello processuale, fornendo in tal modo la migliore rappresentazione dei fatti sui quali il giudice era chiamato a pronunciarsi.

⁸⁹ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 218.

⁹⁰ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 219.

⁹¹ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 210 ss.

Tuttavia, analizzando alcune tipologie di processo civile, la dottrina in esame evidenziò che se mancano i presupposti naturali del metodo, vale a dire la diversità di interessi nel processo o la possibilità di superamento delle eventuali disuguaglianze sul terreno materiale, non era possibile adottare il metodo dispositivo⁹².

Dunque, vi erano “processi di parti” nei quali il metodo dispositivo non poteva essere adottato.

Pertanto, si rendeva necessario individuare un altro metodo di ricerca della verità che si fondasse su presupposti diversi da quelli del metodo dispositivo, ma che allo stesso tempo fosse rispettoso delle caratteristiche del processo civile come processo di parti.

La medesima questione si poneva nel processo amministrativo, nel quale le parti non erano processualmente in grado di superare la situazione di disparità sostanziale che le distingueva sul piano sostanziale; dunque, mancava un presupposto essenziale affinché potesse trovare applicazione nel processo amministrativo il metodo dispositivo e, pertanto, occorreva individuare un metodo idoneo ad assicurare la ricerca della verità.

Ad avviso della dottrina in esame, il punto di partenza era rappresentato dalla considerazione che nei processi di parti (come quello amministrativo) “*non può apparire più di quanto le parti stesse non vi introducano*”, dunque, “*la ricerca della verità non può essere sul piano materiale, altro che opera delle parti e, per converso, il giudice non può conoscere della verità se non quel tanto che appare nel processo ad opera delle parti e cioè nel corso del loro contraddittorio*”.

Tuttavia, nel processo amministrativo, senza uno dei presupposti su cui si fondava il metodo dispositivo, non era ammissibile che la ricerca della verità, o meglio l’acquisizione dei fatti della realtà extraprocessuale, essenziale per la ricerca della verità, potesse essere affidata al contraddittorio delle parti quando quest’ultime non si trovavano in una posizione di interesse diversa rispetto

⁹² F. Benvenuti, L’istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 264.

all'oggetto del giudizio o quando non si trovavano in una situazione di parità di poteri processuali effettivi in grado di superare l'eventuale disuguaglianza.

Occorreva individuare un metodo istruttorio che non tradisse la natura del processo amministrativo ma che consentisse ugualmente la massima acquisizione dei fatti, contemperando natura del processo e assicurazione della verità nel processo stesso.

Il metodo "acquisitivo" si prestava a tale esigenza.

La dottrina osservò che in un processo di parti la massima acquisizione della realtà extraprocessuale poteva ottenersi sempre agendo sul piano processuale in modo da ottenere dal contrasto tra le parti la rappresentazione dei fatti più estesa possibile. *"Il che è dato dal libero contrastarsi delle parti quando sussista una sufficiente e naturale diversità degli angoli visuali delle parti stesse (metodo dispositivo), mentre quando quella diversità naturale non sussista o non sia sufficiente, occorre in diversa maniera suscitarsela o integrarla. Nell'una e nell'altra ipotesi è, dunque, uguale l'elemento cui si ricorre per ottenere il fine della massima acquisizione de fatti, mentre però nelle due ipotesi quell'elemento è ottenuto in maniere diverse: nel che sta la differenza tra i due metodi"*⁹³.

In altri termini, per quanto riguarda il metodo istruttorio, l'obiettivo doveva essere quello di assicurare la massima acquisizione dei fatti al processo sia nel metodo dispositivo sia nel metodo acquisitivo seppure con modalità differenti.

Nei processi nei quali le parti non avevano eguale disponibilità della realtà materiale da rappresentare in giudizio, nell'individuazione del metodo istruttorio non poteva sfruttarsi la naturale concorrenza tra le parti, come accadeva per il metodo dispositivo.

Pertanto, il giudice sarebbe dovuto intervenire e creare le condizioni della predetta concorrenza.

Tuttavia, il giudice non poteva disporre se non dei fatti introdotti dalle parti nel processo⁹⁴.

⁹³ F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 267.

⁹⁴ F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 271.

L'attività del giudice in tal senso era espressione di un ufficio, vale a dire di "un'attività compiuta nell'esercizio di un proprio dovere e per il soddisfacimento di un interesse altrui"⁹⁵, l'espletamento del quale si rivelava funzionale alla ricerca della verità nel processo.

*"Si tratta in realtà da parte del giudice di ricercare se sussista veramente l'opportunità di provvedere alla disposizione di un fatto e perciò, da un lato, di valutare se una tale disposizione possa servire ad integrare la posizione di fatto di una delle parti, e, dall'altro, di valutare se con tale integrazione sia possibile ottenere una maggiore acquisizione di verità al processo e quindi si tratta di operare, nell'ambito dei fatti introdotti, una scelta dei fatti appunto ai fini di disporre"*⁹⁶.

La dottrina in esame assunse come modello concreto di processo di parti nel quale trovava applicazione il metodo acquisitivo proprio il processo amministrativo.

I presupposti essenziali del metodo erano rappresentati dal fatto che la posizione delle parti non garantiva la ricerca della verità in quanto una parte si trovava in una situazione di disparità sul piano materiale che non poteva essere superata sul piano processuale; pertanto, non poteva riconoscersi autonomia alle parti circa la disposizione dei fatti introdotti ed era necessario l'intervento d'ufficio del giudice.

Il presupposto maggiormente rilevante era quello della non equivalenza sul piano materiale che sussisteva tra le parti in quanto il privato, rispetto alla pubblica amministrazione, non era in grado di procurarsi la disponibilità del materiale di fatto che gli occorreva in giudizio per sostenere le sue ragioni⁹⁷.

Nel metodo acquisitivo la parte non ha nei confronti dei fatti probatori autonomia nel processo, nel senso che non "*non può disporre dei fatti mediante un negozio vincolante*", "*d'altra parte, il giudice non può disporre dei fatti fuori del processo onde introdurli nel processo perché fuori del processo le parti*

⁹⁵ F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 270.

⁹⁶ F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 273.

⁹⁷ F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 283.

conservano la loro autonomia” ⁽⁹⁸⁾; pertanto, *“la soluzione cui si perviene è pertanto logicamente inevitabile: trasferito dalla parte al giudice il potere di disporre dei fatti introdotti, rimane alla parte il compito di introdurli”* ⁽⁹⁹⁾.

Secondo la ricostruzione di Benvenuti, nel metodo acquisitivo, le parti soltanto possono introdurre i fatti nel processo tramite atti giuridici posti in essere dalle parti nell’esplicazione di una loro facoltà ⁽¹⁰⁰⁾ e il giudice può provvedere alla loro disposizione.

L’introduzione dei fatti ad opera delle parti era comunque un presupposto del metodo acquisitivo.

Tale impostazione trovava il suo fondamento nella natura del processo amministrativo come processo di parti. Sui fatti introdotti dalle parti, il giudice avrebbe potuto esercitare i suoi poteri acquisitivi.

Orbene, le relazioni tra il giudice e le parti nel processo variano a seconda che si adotti il metodo dispositivo o quello acquisitivo.

Nel metodo dispositivo, le parti hanno il potere dispositivo di introduzione dei fatti e l’onere di disporne; il giudice è vincolato all’attività di introduzione e di disposizione delle parti.

Nel metodo acquisitivo, invece, le parti hanno il potere dispositivo di introdurre i fatti; a seguito dell’introduzione di quest’ultimi, il giudice può attivarsi per la disposizione processuale dei fatti introdotti.

In entrambi i metodi, l’onere di introduzione dei fatti grava sulle parti; tuttavia, nel metodo dispositivo, sulle parti grava anche l’onere di disposizione dei fatti stessi; nel metodo acquisitivo, invece, il potere di disposizione dei fatti è in capo al giudice, sulla scorta dell’attività di introduzione dei fatti posta in essere dalle parti.

Nel processo amministrativo si affermò l’operatività del principio (o sistema) dispositivo con metodo acquisitivo, la cui *ratio* risiedeva nella

⁹⁸ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 285.

⁹⁹ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 285.

¹⁰⁰ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 289.

disparità sostanziale tra le parti del giudizio, tra i privati e la pubblica amministrazione.

Con il metodo acquisitivo, l'introduzione dei fatti nel processo era sempre riservata alle parti e preclusa al giudice. Acclarata la natura dispositiva del processo amministrativo, alle parti doveva in ogni caso assicurato il monopolio circa l'intervento sulla realtà extraprocessuale.

Il giudice amministrativo, tuttavia, poteva intervenire nella fase istruttoria, onde determinare una condizione alle parti nel processo finalizzata comunque ad ottenere la massima introduzione dei fatti in giudizio.

Il processo amministrativo si caratterizzava per la disparità tra la situazione sostanziale della pubblica amministrazione e quella nella quale si trovava il destinatario dell'atto¹⁰¹.

Pertanto, si rendeva opportuno un bilanciamento in sede processuale delle predette posizioni, mediante l'attribuzione al giudice di determinati poteri istruttori d'iniziativa.

L'attività del giudice in sede istruttoria doveva servire affinché la situazione di disparità sostanziale nella quale si trovava il privato rispetto alla pubblica amministrazione non si traducesse in una limitazione di tutela per il privato nel caso in cui quest'ultimo non fosse in condizione di procurarsi e produrre prove sufficienti¹⁰².

L'eventuale situazione di disegualianza extraprocessuale finiva con il ripercuotersi nel processo, dal momento che le parti non si trovavano nella medesima effettiva condizione processuale avendo una diversa disponibilità della realtà materiale.

L'applicazione del metodo acquisitivo veniva giustificata dalla dottrina in esame in ragione della facile disponibilità degli elementi probatori da parte della

¹⁰¹ Invero, M. Dugato, L'istruttoria, in A. Sandulli (a cura di), Diritto processuale amministrativo, in S. Cassese (diretto da), Corso di Diritto amministrativo, Milano, 2007, 212, parla di "posizione di soggezione del destinatario dell'atto un tempo unita alla segretezza che dominava l'attività istruttoria dell'amministrazione"

¹⁰² M. Dugato, L'istruttoria, in A. Sandulli (a cura di), Diritto processuale amministrativo, in S. Cassese (diretto da), Corso di Diritto amministrativo, Milano, 2007, 212 ss.

pubblica amministrazione a cui corrispondeva la difficoltà, e in taluni casi l'impossibilità, dei privati di accedere alle fonti di prova, in particolare quando si trattava di provvedimenti e atti emanati dalla pubblica amministrazione.

Secondo tale ricostruzione, l'introduzione dei fatti nel processo era sempre riservata alle parti ed era preclusa al giudice, ma a questi era conferito il poterdovere di intervenire nella fase istruttoria, onde determinare nel processo una tale condizione alle parti da ottenere la massima introduzione del fatto¹⁰³.

Nel metodo dispositivo, l'introduzione del fatto rappresentava un mezzo per la disposizione affidata esclusivamente alle parti; nel metodo acquisitivo, invece, l'introduzione del fatto era mezzo per la disposizione, che poteva essere effettuata dalla parte o anche dal giudice¹⁰⁴.

c) L'emanazione della legge Tar n. 1054/1971. La necessità dell'ampliamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo e gli interventi della Corte Costituzionale. Il d.lg. n. 80/1998 e la legge n. 205/2000.

La ricostruzione del processo amministrativo come processo di parti, contraddistinto dal "principio dispositivo con metodo acquisitivo", è stata recepita da dottrina e da giurisprudenza ed è stata oggetto di differenti riletture e interpretazioni, che talvolta ne hanno equivocato il significato originario¹⁰⁵.

¹⁰³ La nota elaborazione del c.d. "principio dispositivo con metodo acquisitivo" del prof. Benvenuti viene ricostruita in questi termini da S. Perongini, La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora", 1999, 305.

¹⁰⁴ S. Perongini, La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora", 1999, 306.

¹⁰⁵ La dottrina successiva alla ricostruzione del prof. Benvenuti si attestò definitivamente sulla convinzione che l'istruttoria nel processo amministrativo fosse improntata al principio dispositivo con metodo acquisitivo; si vedano A. De Lise, La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative, in Cons. Stato, 1974, II, 960 ss.; A. LUGO, Considerazioni sull'istruzione nel processo amministrativo, in Riv. amm., 1977, 413 ss.; LUGO, Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1983, 1055 ss.; V. Spagnuolo Vigorita, , Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1984, 17 ss.; V. Caianiello, Manuale di diritto processuale amministrativo, Torino, 1994, 554 ss.. Sulle differenti letture della formula benvenutiana si vedano R. Villata, Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento, in Dir. proc. amm., XIII, 1995, 195; L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, I, Milano, 2008, 932 ss.

Ciò fu possibile perché il quadro normativo in materia di istruttoria nel processo amministrativo rimase sostanzialmente immutato fino all'emanazione delle legge istitutiva dei Tar del 1971, che introdusse alcune novità in materia di istruttoria senza travolgere il contesto normativo di riferimento né i principi.

In particolare, l'art. 21 della predetta legge stabilì che *“la mancata produzione della copia del provvedimento impugnato non implica decadenza. L'amministrazione all'atto di costituirsi in giudizio, deve produrre il provvedimento impugnato nonché, anche in copie autentiche, gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato. Ove l'amministrazione non provveda all'adempimento, il Presidente ordina l'esibizione degli atti e dei documenti nel tempo e nei modi opportuni. Analogo provvedimento il Presidente ha il potere di adottare nei confronti di soggetti diversi dall'amministrazione intimata per atti e documenti di cui ritenga necessaria l'esibizione in giudizio. In ogni caso, qualora l'esibizione importi una spesa, essa deve essere anticipata dalla parte che ha proposto istanza per l'acquisizione dei documenti”*. L'art. 23, invece, sancì la possibilità di un'attività istruttoria disposta dal Presidente, prima dell'udienza di discussione, ove necessario¹⁰⁶.

L'art. 21 della Legge Tar è rilevante per la nostra indagine. Invero, la legge Tar stabilì che l'onere di depositare il provvedimento impugnato non incombeva sul ricorrente, che evidentemente si trovava sovente nell'impossibilità di procedere a ciò, ma sull'amministrazione che aveva l'obbligo della sua produzione in giudizio.

Salvo la predetta novità, tuttavia, il sistema istruttorio rimase sostanzialmente immutato rispetto a quello del periodo in precedenza esaminato.

Le innovazioni della disciplina dell'istruzione probatoria del processo amministrativo sono, invece, riconducibili ad un intervento della Corte Costituzionale nel 1987, al d.lg. n. 80 del 1998 e alla l. n. 205/2000.

¹⁰⁶ Sui poteri del presidente del tribunale amministrativo in materia di istruzione preparatoria della causa si veda L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Milano, 1977, 62 ss.

Uno dei punti di maggiore criticità del sistema istruttorio processuale desumibile dalle norme della legge istitutiva dei T.a.r. era il mancato richiamo della norme del codice di procedura civile in materia di mezzi di prova nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo esercitava una giurisdizione esclusiva vale a dire una giurisdizione avente ad oggetto diritti soggettivi e non solo interessi legittimi.

Invero, per quanto riguarda il processo amministrativo, si discusse a lungo circa l'opportunità di ampliare gli strumenti probatori a disposizione del giudice e delle parti in quanto la limitazione dei mezzi di prova esperibili nel processo amministrativo, rispetto a quelli del processo civile, evidenziava profili di incostituzionalità dell'impianto normativo in materia, con riferimento al diritto di tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi sancito dall'art. 24 Cost.

A tal proposito intervenne la sentenza della Corte Costituzionale n. 146 del 23.04.1987¹⁰⁷ la quale dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 44, primo comma, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e 26 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, e 7, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 nei limiti in cui li richiama, nella parte in cui, nelle controversie di impiego di dipendenti dello Stato e di enti, riservate alla giurisdizione esclusiva amministrativa, non consentivano l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli artt. 421, comma 2 a 4, 422, 424 e 425, del c.p.c. novellati in virtù della legge 11 agosto 1973, n. 533¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Per il commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 146/1987 si vedano M. E. Schinaia, Notazioni sul regime probatorio nelle controversie del pubblico impiego, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 5 ss.; G. Vacirca, Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove e delle controversie in materia di pubblico impiego, in *Foro amm.*, 1987, 1344 ss.; F. Saitta, Nuovi orientamenti in tema di mezzi di prova del contenzioso del pubblico impiego, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 599; A. Travi, Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 558 ss.; C. E. Gallo, Prova testimoniale e processo amministrativo di giurisdizione esclusiva, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 583 ss.

¹⁰⁸ Così decidendo, la Corte seguiva la via segnata con la sent. 28 giugno 1985, n. 190, dichiarativa dell'incostituzionalità dell'art. 21, ultimo comma, della legge n. 1034/1971 *“nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti urgenti che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito le quante*

Successivamente, con la sentenza n. 251 del 1989¹⁰⁹, la Corte precisò che l'equiparazione riguardasse soltanto la tutela dei diritti soggettivi e non quella degli interessi legittimi, devoluta alla cognizione del giudice amministrativo, che poteva essere garantita anche con limitazioni significative dei mezzi probatori.

La Corte osservò che *“nonostante la tendenza degli ordinamenti nel senso di una unità del processo, ciò riguarda i principi fondamentali di esso, mentre la possibilità del permanere di una tipologia differenziata di processi, legata alla obiettiva diversità delle situazioni che ciascuno di essi coinvolga, non contrasta con il parametro costituzionale invocato (art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione) sempre che ciascuna disciplina soddisfi al tipo di garanzia che si intende assicurare. Di conseguenza, nel processo che concerne la tutela, costituzionalmente garantita, degli interessi legittimi, poiché si tratta di una categoria di situazioni soggettive che, sul terreno sostanziale, si realizzano attraverso l'intermediazione del procedimento amministrativo, appare congruo in sede giurisdizionale un sistema probatorio che consista essenzialmente nel sindacato sulle modalità con le quali il potere pubblico è stato esercitato. Una volta assicurata questa garanzia, è in sede legislativa che si devono individuare i mezzi probatori adatti ad attuare tale tipo di sindacato, potendosi censurare la scelta del legislatore soltanto se risulti inidonea a garantire la tutela giurisdizionale”*.

“Limitazioni circa la possibilità di utilizzare certi mezzi probatori sono insite in ogni sistema processuale, in ragione delle peculiarità delle controversie relative a ciascuno di essi e non possono considerarsi in contrasto con i principi

volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, e con la sent. 31 marzo 1987, n. 89, dichiarativa dell'incostituzionalità dell'art. 2, primo comma, n. 3 del d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, nella parte in cui, in contrasto con l'art. 545, quarto comma, del c.p.c., non prevede la pignorabilità e la sequestrabilità degli stipendi, salari e retribuzioni corrisposti da altri enti diversi dallo Stato, da aziende ed imprese di cui all'art. 1 dello stesso d.P.R., fino alla concorrenza di un quinto per ogni credito vantato nei confronti del personale”.

¹⁰⁹ Per il commento della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 18.05.1989 si rinvia a G. Azzariti, Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità, in Giur. Cost., 1990, 1998 ss.

costituzionali quando rispondano alle esigenze proprie del tipo di processo preso in considerazione. È per questo che mai si è dubitato della legittimità di certe discipline processuali che escludono forme di prove legali, né mai si è dubitato della legittimità costituzionale del tendenziale disfavore con cui è disciplinata la prova testimoniale nel processo civile e delle limitazioni che da tale tendenza conseguono. Quest'ultimo rilievo si risolve in un ulteriore argomento circa l'impossibilità di un automatico trapianto nel processo amministrativo di legittimità del sistema probatorio proprio del processo civile, in quanto la sussistenza di quelle limitazioni, peculiari del processo civile, richiederebbe, comunque, un'operazione di adattamento che non potrebbe certo conseguire alla pronuncia additiva di questa Corte auspicata dal giudice a quo, bensì ad una articolata disciplina legislativa”.

In ogni caso, la sentenza n. 146/1987 della Corte Costituzionale rappresentò il primo passo verso l'equiparazione dei mezzi di difesa (e, dunque, dei mezzi istruttori) nei processi volti alla tutela dei diritti¹¹⁰, che tuttavia, trovò attuazione soltanto con l'emanazione del d. lg. n. 80/1998 (art. 35, terzo comma)¹¹¹ e la della l. n. 205/2000 (art. 16)¹¹².

In particolare, le due più evidenti innovazioni introdotte dalla l. n. 205/2000 (e, in parte, dal precedente d. lg. n. 80/1998) furono l'introduzione della

¹¹⁰ Anche la giurisprudenza si era mostrata favorevole all'introduzione generalizzata della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo con la sentenza n. 601/1999 con la quale venne ammessa la sindacabilità da parte del giudice amministrativo del provvedimento tecnico-discrezionale, ponendo la necessità di apprestare idonei strumenti istruttori. Sul tema si vedano F. P. Luiso, Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 328. M. A. Sandulli, La consulenza tecnica d'ufficio, in *Foro amm.*, 2008, 3533 ss.; F. P. Luiso, Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 328.

¹¹¹ Sulle novità introdotte dal d. lg. n. 80/1998 dal sistema di giustizia amministrativa si veda N. Di Modugno, La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma, *Dir. proc. amm.*, 2000, 18 ss.

¹¹² Cfr. A. Grumetto, Brevi osservazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205/2000, in *Giust. Civ.*, 2001, 201 ss.; V. G. Lo Presti, L'istruttoria, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 714 ss.; M. Lipari, I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano 2003, n. 1, 55 e ss.

consulenza tecnica d'ufficio nella giurisdizione di legittimità e la generalizzazione dell'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio e della prova testimoniale nella giurisdizione esclusiva¹¹³.

d) Le questioni di maggiore interesse in dottrina e in giurisprudenza relative alla ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo.

In passato, il dibattito della dottrina e gli interventi della giurisprudenza hanno evidenziato due direttrici di indagine in tema di ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo¹¹⁴, sintetizzabili nelle seguenti questioni:

¹¹³ Sul tema si veda A. Chizzini, Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d.lgs. 80/98 e dalla l. 2005/2000, in *Dir. proc. amm.*, 4/2001.

Sull'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo si vedano F. Cintioli, Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2371 ss.; L. Ieva, La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo, in *Trib. amm. reg.*, 2001, II, 241 ss; G. D'Angelo, La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi, in *Foro amm. Tar*, 2005, 579 ss; M. A. Sandulli, La consulenza tecnica d'ufficio, in *Foro amm.*, 2008, 3533 ss.; E. Caracciolo La Grotteria, La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo, Napoli, 2008.

¹¹⁴ Il tema dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo, prima del codice del processo amministrativo, è stato affrontato da L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977; G. Virga, *Attività istruttorie primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991; C. E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994; si vedano inoltre, in ordine alfabetico, A. Abbamonte, *La fase istruttorie*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2003, 223; L. Acquarone, *Riflessioni e proposte in tema i riforma del sistema probatorio*, in *dir. proc. amm.*, Milano, 1988, 155 e ss.; A. Andreani, *L'istruzione del processo davanti ai tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 479-495. A. Andreani, *La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo*, in *Quaderni fiorentini*, 22, 1993, 475-509; L. Bagarotto, *Posizioni giuridiche soggettive e mezzi di prova nei giudizi amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1999; L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità, norme e principi*, Milano 2005; S. Capozzi, *Giusto processo e istruttoria nel processo amministrativo*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, atti del Convegno di studi di Campobasso del 26 febbraio 2000, a cura di B. Capponi e V. Verde, Napoli, 2002; L.F. Caramazza – M. L. Guida, *La prova nel processo amministrativo*, in *Rass. Avv. St.*, 1985,

II, 85 ss; G. Corso, Prova (diritto amministrativo), in Enc. giur. treccani, vol. XXV, roma, 1999; G. D'Angelo, Le prove atipiche nel processo amministrativo, Napoli, 2008; G. De Giorgi Cezzi, Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2002, 906 ss; G. De Giorgi Cezzi, La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo, Napoli 2003; A. Degli Esposti, Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1991, 272-307; A. Degli Esposti, Mancata ottemperanza da parte della pubblica amministrazione dell'ordine giudiziale di esibire i documenti ed effetti in tema di istruzione probatoria, in Dir. proc. amm., 1989, 25-29; F. Della Valle, I mezzi di prova, in La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205, a cura di F. Caringella – G. De Marzo – F. Della Valle – R. Garofoli, Milano 2001, 560 ss; P. De Lise, La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative, in Cons. St., 1974, II, 954- 969; E. Follieri, Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2006, 499 e ss.; L. Migliorini, Istruzione, V) Istruzione nel processo amministrativo, in Enc. Giur. Treccani, Vol. XVIII, 1990, 1-7; L. Migliorini, L'istruttoria nel processo amministrativo, in F.G.Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, Torino, 2003; L. Montesano, Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice, in Riv. trim., dir. proc. civ., 1978; L. Montesano, Opportunità di istruzioni preventive nella giurisdizione amministrativa, in dir. proc. amm., Milano, 1991, 5 e ss; M. Nigro, L'ammissione delle prove nel processo davanti al Consiglio di Stato: poteri collegiali e poteri presidenziali, in Foro amm., 1966, II, 209; M. Nigro, Il giudice amministrativo "signore della prova", in Foro it., 1967, 32; A. Pajno, Il giudice delle autorità amministrative indipendenti, in Dir. Proc. Amm., Milano, 2004, n. 3, 617 e ss; G. Pesce, Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo, Milano, 2003; A. Piras, Oggetto del ricorso e istruzione probatoria, Milano, 1957; A. Piras, brevi note sulla posizione del giudice nell'istruttoria, in Jus, 1956, 501 e ss; A. Police, Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia, in Dir. Proc. Amm., Milano, 1998; F. Saitta, Nuovi orientamenti in temi di mezzi di prova nel contenzioso sul pubblico impiego, in Dir. Proc. Amm., Milano, 1987, n. 4, 559-605; F. Saitta, Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi, in Dir. proc. amm., 1996, 2-45; A. M. Sandulli, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati, Napoli, 1963; B. Sassani – R. Villata, Il processo avanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205 del 2000, Torino, 2000. E. Sticchi Damiani, Le parti necessarie nel processo amministrativo, Milano, 1988; F. Tesaurò, Prova, in Enc. dir., milano, III, 1999, 881 ss; M. Zoppellari, La prova testimoniale nel nuovo processo amministrativo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2002, 1353 ss.; O. Tentolini, La Prova Amministrativa (Parte speciale), Milano, 1950; A. Travi, Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo, in Dir. proc. amm., 1987, 558; A. Travi, Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni, in Dir. pubbl., 2004, 439 ss; R. Villata, Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo, in Dir. Proc. Amm., Milano, 1990, 201-225; R. Villata, Considerazioni in tema di istruttoria, Processo e procedimento, in Dir. proc. amm, 1995, 195-233; R. Villata, Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti, in Dir. proc. amm., Milano, 2002, n. 3, 792 e ss; G. Virga, Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità, in dir. proc. amm., 1990, 121 (nota a Corte Cost. 18 maggio 1989, n. 251); G. Virga, Conoscenza del documento da parte del difensore e decorrenza del termine, in Dir. proc. amm., 2002, 517; Vivenzio, Il magistrato istruttore nel quadro della

a) innanzitutto, nonostante fosse ormai indiscusso che l'allegazione dei fatti al processo spettasse alle parti, ci interrogava sul fatto se il monopolio delle parti di allegare i fatti in giudizio investisse solo i fatti principali o anche quelli secondari, e dunque se residuasse un margine per l'introduzione dei fatti secondari ad opera del giudice;

b) in secondo luogo, un tema ricorrente, affrontato dalla giurisprudenza, è stato quello relativo all'individuazione dei presupposti in presenza dei quali il giudice potesse esercitare i suoi poteri istruttori, vale a dire quali fossero le condizioni per l'esercizio dei poteri acquisitivi del giudice amministrativo.

a) Tradizionalmente, i fatti processuali si distinguono in fatti principali e in fatti secondari¹¹⁵.

I fatti principali sono quei fatti che corrispondono alla fattispecie astratta prevista dalla norma; si caratterizzano per l'idoneità ad essere sussunti nella norma (protasi della norma) e a costituire la premessa fattuale al determinarsi degli effetti giuridici previsti dalla norma.

I fatti secondari, invece, fungono da premessa per inferenze logiche, che il giudice può formulare per trarne conclusioni circa la verità o la falsità di enunciati relativi a fatti principali. Si tratta di fatti che esauriscono la loro utilità a fini probatori

Invero, la distinzione tra fatti principali e fatti secondari è relativa, non essendovi differenza sul piano ontologico (vale a dire sul piano della realtà fenomenica). Ogni fatto può essere principale o secondario a seconda della fattispecie in cui si colloca.

La dottrina era unanime nel sostenere che spettasse solo alle parti allegare i fatti principali, ma era profondamente divisa sul trattamento da riservare ai fatti secondari¹¹⁶.

riforma globale della giustizia amministrativa, in Quad. reg., 1986; G. Zanobini, Corso di diritto amministrativo, II, Giustizia Amministrativa, Milano, 1954.

¹¹⁵ Sulle nozioni di fatto principale e di fatto secondario si rinvia a F. Benvenuti, L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 94 ss.; Carnelutti, La prova civile, Roma, 1915, 64 ss.; Lessona, Trattato delle prove in materia civile, Firenze, I, 1915, 295 ss.; Cappelletti, La testimonianza della parte, I, 83 e 339 ss.; L. Migliorini, L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità, Padova, 1977, ss.

Si fronteggiavano due tesi: la prima, secondo la quale le parti avevano il monopolio assoluto nell'allegazione dei fatti principali e dei fatti secondari in virtù dell'imparzialità e della neutralità del giudice rispetto alle parti e dell'uguaglianza delle parti¹¹⁷; la seconda tesi, in base alla quale le parti avevano il monopolio assoluto solo nell'allegazione dei fatti principali¹¹⁸.

La prima tesi è riconducibile all'originaria formulazione del sistema dispositivo con metodo acquisitivo elaborata dal Prof. Benvenuti, che è stata innanzi ricostruita.

La seconda tesi, invece, è stata sostenuta da una parte della dottrina la quale ha evidenziato che il fatto secondario era un fatto che veniva utilizzato a fini probatori e che non vi era espresso riferimento normativo che vietasse l'introduzione di fatti secondari su iniziativa del giudice; tuttavia, era fondamentale che ciò non gravasse sull'autonomia della parte, vale a dire che l'introduzione non alterasse la *quaestio facti*.

Infatti, il giudice non poteva ampliare l'oggetto del giudizio; si trattava di un limite che non poteva essere varcato senza stravolgere l'impianto sistematico del processo amministrativo.

Ad avviso della dottrina in esame, il carattere privato e quindi disponibile della situazione giuridica fatta valere nel processo amministrativo implicava solamente il suo potere esclusivo di chiedere la tutela giurisdizionale, mediante l'allegazione dei fatti giuridici o principali, cioè di quei fatti che concretano l'episodio di vita sul quale si fonda la domanda giudiziale¹¹⁹. Invero, l'introduzione di un fatto secondario ad opera del giudice non incideva

¹¹⁶ Così evidenzia S. Perongini, La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora", Napoli, 1999, 309 ss.

¹¹⁷ In tal senso si vedano F. Benvenuti, L'istruzione, 1953, 140 ss.; A. Piras, Brevi note, in Jus, 1956, 519 ss.; A. M. Sandulli, Il giudizio, 1962, 376 ss.; A. De Lise, La prova, in Cons. Stato, 1974, II, 963 ss.; G. Marchianò, L'ampliamento, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1983, 157 ss.; R. Villata, Riflessioni, in Dir. proc. amm., 1990, 205 ss.; R. Villata, Considerazioni, in Dir. proc. amm., 1995, 211 ss., 215, ma in termini probabilistici.

¹¹⁸ L. Migliorini, L'istruzione nel processo amministrativo, Milano, 1977, 87 ss.; S. Perongini, La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora", Napoli, 1999, 309 ss.

¹¹⁹ L. Migliorini, L'istruzione nel processo amministrativo, Milano, 1977, 82.

sull'autonomia della parte più di quanto influiva qualsiasi altro intervento istruttorio d'ufficio, che pure era ammesso nel processo amministrativo¹²⁰.

L. Migliorini separa la tutela processuale e la tecnica del processo e la identifica in due momenti diversi, sulla scorta dell'insegnamento di Cappelletti; in particolare, la scelta del materiale di fatto è espressione del principio dispositivo, mentre la scelta dei mezzi per provarlo attiene alla tecnica processuale¹²¹.

Dunque, secondo la ricostruzione in esame, il principio dispositivo non si riferisce alla tecnica del processo, in quanto le parti non hanno poteri monopolistici sulla tecnica e sulla struttura interna del processo, ma soltanto rispetto all'allegazione dei fatti principali.

Ne consegue che il giudice può avere poteri di iniziativa processuale rispetto ai fatti secondari; nel processo amministrativo il riconoscimento dei predetti poteri serve soprattutto a riequilibrare le posizioni delle parti che nella realtà extraprocessuale sono squilibrate¹²².

b) Sulle condizioni di esercizio dei poteri acquisitivi del giudice e il c.d. “principio di prova”.

Il metodo acquisitivo era un metodo istruttorio calato in un sistema dispositivo.

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, nel processo amministrativo, in quanto processo di parti, trovava applicazione il principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., secondo il quale spetta al ricorrente fornire la dimostrazione dei fatti posti a fondamento della propria domanda.

Tuttavia, lo stesso principio talvolta risultava mitigato nel menzionato processo qualora il ricorrente non avesse avuto la disponibilità delle prove, essendo queste nell'esclusivo possesso dell'Amministrazione.

¹²⁰ In tal senso, si veda anche la ricostruzione di S. Perongini, La formula “ora per allora” nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”, Napoli, 1999, 309 ss., 313.

¹²¹ L. Migliorini, L'istruzione nel processo amministrativo, Milano, 1977, 81 ss.

¹²² L. Migliorini, L'istruzione nel processo amministrativo, Milano, 1977, 87 ss.

In tal caso, infatti, la dottrina e la giurisprudenza ritenevano sufficiente che il ricorrente fornisse un “principio di prova”.

La non disponibilità della prova giustificava l’esercizio dei poteri istruttori del giudice¹²³.

Pertanto, nel processo amministrativo sussisteva l’onere per la parte di enunciare i fatti a fondamento della pretesa avanzata, dal momento che il potere di acquisizione riconosciuto al giudice di tale processo era un “metodo” ed in quanto tale s’innestava sul principio dispositivo che governava l’introduzione della prova a carico della parte, ma non poteva travalcarlo, sicché giammai il giudice avrebbe potuto sostituirsi alla parte nell’adempimento di detto onere.

A tal proposito, si riteneva che la parte onerata dovesse fornire quanto meno un “principio di prova” affinché il giudice potesse ordinare all’Amministrazione la produzione dei documenti che, a suo insindacabile giudizio e alla luce delle deduzioni svolte, occorre per definire la controversia.

¹²³ “Anche il nostro giudice amministrativo pone a carico del ricorrente – anzi, in genere, di colui il quale da una sua affermazione voglia fare derivare conseguenze a sé favorevoli – l’onere di fornire solo un “principio di prova”. Anch’esso, come il suo omologo francese, non è in genere troppo severo nel valutare l’assolvimento di quest’onere se, ad onta di qualche restrittiva dichiarazione di principio, si contenta poi di elementi alquanto tenui o addirittura della pura e semplice affermazione della esistenza di un fatto: in genere, quello che sembra bastare anche al Consiglio di Stato è che il ricorrente prospetti uno schema attendibile di ricostruzione storica (oltre che, naturalmente, di valutazione giuridica) degli avvenimenti (...). Orbene dal momento che il giudice non è vincolato da un onere originario o legale de 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. L’irrigidimento dell’ultimo passaggio della catena introdurrebbe un elemento manifestamente incompatibile con i primi due: errore logico e contraddizione giuridica dai quali il nostro giudice desidera rifuggire. Anche per il Consiglio di Stato, dunque, il giudice amministrativo è “signore della prova”; in tal senso, M. Nigro, Il giudice amministrativo “signore della prova”, in Foto it., 1967, 11ss.

Sull’onere del principio di prova si vedano, in dottrina, F. Benvenuti, L’onere del principio di prova nel processo amministrativo, in Giur. compl. cass. civ., 1952, 774 ss.; F. Satta, Principi di giustizia amministrativa, Padova, 1978, 251 ss. e, in giurisprudenza, ex multis, si vedano Cons. Stato, sez. V, 3.06.1961 n. 247; Cons. Stato, sez. V, 19.05.1962 n. 410; Cons. Stato, sez. VI, 27.09.1963 n. 488; Cons. Stato, sez. V, 4.06.1965 n. 556; Cons. Stato, sez. IV, 18.05.1966 n. 417; Cons. Stato, sez. V, 10.10.1991 n. 1214.

Dunque, il principio dell'onere della prova vigeva anche nel processo amministrativo; ma subiva un adattamento e diventava “*onere del principio di prova*”¹²⁴ quando le parti non avevano la disponibilità del materiale probatorio.

In tal senso, il metodo istruttorio veniva ricondotto alla sua *ratio*, vale a dire alla necessità di evitare la posizione di sostanziale disparità sostanziale tra le parti.

Generalmente, si riteneva che le controversie nelle quali il privato aveva la disponibilità del materiale probatorio erano quelle concernenti i diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹²⁵; dunque, in tali casi, l'onere della prova recuperava il suo primato¹²⁶.

Invece, nelle ipotesi nelle quali il privato non avesse avuto la disponibilità del materiale probatorio, soccorreva il metodo acquisitivo¹²⁷. Tuttavia, il giudice avrebbe potuto solo integrare allegazioni probatorie anche parziali, senza mai sostituirsi all'interessato, che doveva comunque fornire qualche elemento di riscontro dei vizi prospettati, in nessun caso affidandosi ad argomentazioni del tutto generiche e non ancorate a dati fattuali¹²⁸.

In buona sostanza, l'onere di prova veniva semplificato per la parte debole (il privato), al fine di assicurargli una tutela giurisdizionale piena ed efficace¹²⁹.

¹²⁴ L. Migliorini, L'istruzione nel processo amministrativo, Milano, 1977, 51 ss.

¹²⁵ Il c.d principio dell'onere della prova ha sempre trovato applicazione, ad esempio, nelle controversie aventi ad oggetto il risarcimento dei danni causati dall'amministrazione; in generale, sul giudizio di risarcimento dei danni derivanti da lesione dell'interesse legittimo si veda V. Fanti, Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo, Milano, 2006.

¹²⁶ Si consideri che “*sarebbe stato del tutto illogico – se non addirittura incostituzionale – un regime probatorio diverso, a seconda che la giurisdizione sui diritti appartenesse al giudice ordinario o al giudice amministrativo*”; in tal senso, F. Saitta, Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione, in Dir. e proc. amm., 2013, 102.

¹²⁷ *Ex multis*, Tar Lazio, II, 30.05.2008 n. 5317.

¹²⁸ Sull'esigenza di un principio di prova, prima dell'emanazione del codice, si vedano Cons. St., sez. IV, 27.7.2010, n. 4915 e 14.11.97, n.1279; Cons. St., sez. V, 10.11.2010, n. 8006 e 22.11.91, n. 1323; Cons. St., sez. VI, 10.5.90, n. 515 e 3.2.92, n. 61

¹²⁹ L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 936.

La giurisprudenza individuava diversi presupposti per l'esercizio dei poteri officiosi da parte del giudice: in alcuni casi, era sufficiente l'affermazione dell'esistenza del fatto; in altri, occorreva la specificità della censura proposta; in altri, il ricorrente doveva fornire elementi seri e concreti in ordine all'esattezza di quanto affermato¹³⁰.

È stato osservato, inoltre, che *“l'impostazione di carattere generale che si è ricordata non è cambiata dopo che la legge 7 agosto 1990, n. 241 ha riconosciuto al cittadino il diritto di accedere agli atti amministrativi, il diritto, cioè, di ottenere dall'Amministrazione tutti i documenti che gli sono utili per la sua tutela in giudizio: e ciò perché l'esercizio di quel diritto non incide sul termine per ricorrere, che, di conseguenza, può anche spirare nel momento in cui il ricorrente, senza sua colpa, non ha ancora ottenuto gli atti sulla base dei quali argomentare le proprie domande¹³¹”*.

¹³⁰ Si tratta di una formula tanto ripetuta quanto foriera di incertezze: è stato esattamente notato che su di essa circolano molti equivoci. Sul punto si vedano R. Villata, Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento, Dir. proc. amm., 1995, 217 ss.; M. Nigro, Il giudice amministrativo “signore della prova”, in Foto it., 1967, 18 ss.

In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, VI, 15.05.1990 n. 528; Cons. Stato, V, 6.06.1990 n. 479; V, 25.06.1990 n. 581; Cons. giust. Amm. Reg. sic., 18.07.1990 n. 217; Cons. Stato, V, 17.12.1990 n. 879; Cons. Stato, V, 23.04.1991 n. 637; Cons. Stato, V, 22.11.1991 n. 1323; Cons. Stato, VI, 7.04.1992 n. 251; Cons. Stato, IV, 7.10.1992 n. 842; Cons. Stato, VI, 26.10.1992.

¹³¹ C. E. Gallo, Poteri istruttori del giudice amministrativo, Report annuale - 2011 – Italia, in www.juspublicum.it.

CAPITOLO SECONDO

L'ATTIVITÀ DELLE PARTI E IL RUOLO DEL GIUDICE NELL'ISTRUZIONE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO DOPO L'EMANAZIONE DEL CODICE

1. Premessa. 2. La distribuzione dei poteri di governo del processo amministrativo fra il giudice e le parti: il monopolio di parte nella instaurazione del processo amministrativo e nella delimitazione dell'oggetto del giudizio. L'impossibilità di tale ricostruzione per quanto riguarda il momento istruttorio. 3. La crisi del modello tradizionale "per principi" di ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo. 4. L'attuale quadro normativo dell'istruzione nel processo amministrativo. a) autonomia della fase istruttoria nel processo civile e mancata autonomia nel processo amministrativo. 5. Oneri delle parti e poteri del giudice nell'istruzione probatoria. 6. L'onere della prova nel processo amministrativo. 7. L'istruzione e la verità nel processo. La funzione della prova giudiziaria e la giustificazione dei poteri acquisitivi d'ufficio del giudice. 8. Il dovere del giudice di esercitare poteri istruttori. 9. I poteri istruttori del giudice secondo il codice del processo amministrativo.

1. Premessa

Le relazioni tra l'attività del giudice e quella delle parti nel processo possono essere ricostruite su tre piani distinti.

Il primo piano corrisponde al momento costitutivo del processo, vale a dire alla sua instaurazione. Il secondo, invece, è quello relativo alla definizione dell'oggetto del giudizio. Il terzo, infine, coincide con il momento istruttorio.

Su ciascuno dei suddetti piani è possibile enucleare l'esistenza di differenti poteri del giudice e delle parti, di cui le singole attività costituiscono attuazione; in particolare, vi sono poteri di impulso processuale, poteri di individuazione dell'oggetto del giudizio, poteri di iniziativa probatoria, poteri di acquisizione del materiale istruttorio e, infine, poteri di definizione della controversia.

Orbene, la presente indagine intende soffermarsi sul momento istruttorio e in particolare sulla distribuzione dei poteri tra il giudice e le parti nell'istruzione probatoria dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo.

Il tema pone diverse questioni.

Innanzitutto, occorre verificare se esiste un'interferenza tra le ricostruzioni dei suddetti tre piani, vale a dire se la differente tipologia di processo e le caratteristiche di formazione dell'oggetto condizionano la ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti.

In secondo luogo, si tratta di verificare se la tradizionale descrizione dell'istruzione nel processo amministrativo, basata sull'operatività del “*principio dispositivo con metodo acquisitivo*”, può ritenersi valida all'indomani dell'emanazione del codice del processo amministrativo.

Infine, occorrerà ricostruire gli oneri delle parti e i poteri del giudice rispetto al *thema probandum* e ai singoli mezzi di prova, tenendo conto della centralità assunta dall'istruttoria nel processo amministrativo.

2. La distribuzione dei poteri di governo del processo amministrativo fra il giudice e le parti: il monopolio di parte nella instaurazione del processo amministrativo e nella delimitazione dell'oggetto del giudizio. L'impossibilità di tale ricostruzione per quanto riguarda il momento istruttorio.

Con riferimento al piano dell'introduzione del giudizio, il processo amministrativo non è un processo “di inquisizione” vale a dire che il giudice non ha poteri di impulso processuale.

Negli ordinamenti moderni, il giudice non può essere parte del processo, neppure in senso formale (132). Soltanto la proposizione del ricorso ad opera del soggetto che invoca tutela dinanzi al giudice nei confronti di un altro soggetto può dar inizio al processo (133).

Il processo amministrativo è un “processo di parti” nel quale vige il principio della iniziativa di parte (134), secondo l'antico brocardo “*ne procedat iudex ex officio*”(135).

¹³² Sul concetto di parte in senso formale si veda F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 26 ss. e, in particolare, nt. 16.

¹³³ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 21.

¹³⁴ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 25, afferma che “*il processo amministrativo è un vero processo di tipo accusatorio, nel quale vige pienamente il principio della iniziativa di parte. Ciò è d'altronde per esso esigenza*

Diversamente, la sistematica del processo amministrativo non risponderebbe alla funzione fondamentale del processo inteso come mezzo per l'assicurazione della giustizia. Se l'ordinamento riconoscesse al giudice la possibilità di avviare *ex officio* un processo, il sistema di giustizia amministrativa sarebbe contraddistinto da elementi di contrarietà rispetto ai principi dello Stato di diritto.

Ad avviso della dottrina, le implicazioni dei soggetti del processo sui distinti piani sono espressione degli interessi di cui gli stessi sono titolari nel processo¹³⁶.

Le parti sono titolari di un "*interesse al processo*" nel senso che solo mediante il processo ciascuna di esse può ottenere che sia effettivamente riconosciuta la propria affermazione o negata quella altrui, a prescindere da qualsiasi relazione con il concreto oggetto del giudizio (137).

Invero, in linea teorica, considerata questa "indifferenza", potrebbe pure configurarsi una distribuzione dei poteri di delimitazione dell'oggetto del giudizio differente rispetto a quella prevista per i poteri di impulso processuale, riservati esclusivamente alle parti.

Non può tacersi, tuttavia, ad avviso della dottrina in esame, che se si "*riconosce al ricorrente la sola potestà di dar vita ad un processo mentre nel contempo sia attribuito al giudice, anche in via concorrente, il potere di determinare l'oggetto del giudizio e la sua effettiva estensione, in realtà si nega in un tale processo ogni garanzia di giustizia (138)*". In tal senso, il giudice si troverebbe ad esercitare la funzione giurisdizionale relativamente ad un oggetto da lui individuato, "*al quale egli potrebbe un suo interesse*". Orbene, in maniera

essenziale dipendente dal riconoscimento della giurisdizionalità della funzione esercitata dal giudice amministrativo, e dal riconoscimento della qualità di parte sia al ricorrente che alla Pubblica Amministrazione convenuta in giudizio".

¹³⁵ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 24, e in particolare la nota n. 10.

¹³⁶ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 29 ss.

¹³⁷ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 29.

¹³⁸ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 37.

inaccettabile, ancora una volta il giudice finirebbe con il diventare parte del processo (139).

Dunque, va escluso che il giudice possa intervenire nella delimitazione dell'oggetto del giudizio.

Pertanto, la delimitazione dell'oggetto del giudizio (140) deve essere rimessa alle parti, alle quali è riservato il compito di introdurre i fatti in giudizio e di sottoporli alla cognizione e all'esame del giudice.

In altri termini, le parti hanno il compito sia di dare impulso al processo sia di delimitarne l'oggetto (principio della domanda).

L'operatività del principio della domanda nel processo amministrativo è pacifico, sebbene non ve ne sia espressa enunciazione come nel processo civile con l'art. 99 c.p.c. secondo il quale "*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*" (141).

Non è in dubbio che, per evitare incertezze interpretative e contraddizioni applicative, sarebbe stato opportuno un richiamo o un riferimento espresso al principio della domanda anche nel codice del processo amministrativo.

Ciò nondimeno quello della domanda rappresenta, strutturalmente oltre che funzionalmente, un principio cardine dello stesso processo amministrativo (142): se ne desume l'immanenza dall'impianto complessivo del sistema di tutela

¹³⁹ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 37.

¹⁴⁰ Sulla definizione di "oggetto del giudizio" si veda F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 50 ss., il quale sostiene che "in ogni processo, l'oggetto del giudizio si presenta come affermazione della sussistenza di una realtà e di una sua qualificazione giuridica e, sulla sua base, come domanda al giudice di provvedere in conseguenze di ciò. In altri termini, l'affermazione (causa petendi) e la domanda (petitum) costituiscono l'oggetto del giudizio.

¹⁴¹ Sul principio della domanda nel diritto processuale civile, si veda G. Verde, Domanda (principio della), in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989, 1 ss.. Il collegamento tra il principio della domanda e imparzialità del giudice è un dato tradizionale della nostra dottrina; a tal punto, si vedano V. Androli, *Prova*, in *Nss. D. I.*, Torino, 1967, 278 s; E. Fazzallari, *La imparzialità del giudice*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, 337 ss.; T. Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, 752; G. Verde, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, III, Milano, 1979, 2175.

¹⁴² Sul principio della domanda nel processo amministrativo, si vedano F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 19; F. D'Alessio, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, 219; F. La Valle, *il vincolo del giudice*

processuale del codice del processo amministrativo, segnatamente dall'art. 39 c.p.a. che rinvia al codice di procedura civile, e da tutte le disposizioni che disciplinano il principio della domanda proiettandolo nella dinamica del processo, vale a dire tutte quelle disposizioni che disciplinano il rapporto tra poteri del giudice e poteri delle parti e che subordinano l'esercizio dei primi all'effetto condizionante dei secondi (143).

Il principio della domanda opera nella fase statica di determinazione dell'oggetto del processo amministrativo, e in quella dinamica, condizionando l'esercizio dei poteri del giudice (144). Infatti, con la proposizione della domanda, le parti sollecitano la decisione del giudice rispetto a una controversia.

amministrativo ai motivi di parte, in Riv. trim. dir. pubb., 1966, 20; L. Migliorini, L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità, Padova, 1977, 23; M. Nigro, L'appello nel processo amministrativo, Milano, 1960, 294 ss.; M. Nigro, Processo amministrativo e motivi di ricorso, in Foro it., 1975, IV, 17; M. Nigro, Domanda (principio della), in Enc. Giur. Treccani, 1989, 1 ss.; V. Caianiello, Lineamenti del processo amministrativo, Torino, 1979, 216. Sulla connessione fra principio della domanda e garanzia del contraddittorio, V. Andrioli, Diritto processuale civile, I, Napoli, 1979.

¹⁴³ Risultano così numerose le disposizioni normative che, nel disciplinare il rapporto tra il giudice amministrativo e le parti, presuppongono la vigenza del principio della domanda nel processo dinanzi a questo.

A mero titolo esemplificativo è sufficiente citare l'art. 40 c.p.a. che, imponendo al ricorrente di enunciare "i motivi specifici su cui si fonda il ricorso", delimita contestualmente il potere del giudice di pronunciarsi solo nei limiti di questi; a proiettare la vigenza del principio della domanda anche nel giudizio di appello, inoltre, è l'ulteriore previsione contenuta nell'art. 101 c.p.a. che obbliga chi impugna la decisione di primo grado ad esporre "le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata".

¹⁴⁴ L'art. 112 c.p.c. sancisce il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato secondo il quale "*il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti*". Sul principio in esame si vedano, *ex multis*, E. Betti, Diritto processuale civile italiano, Milano, 1936, 303 ss.; G. Cristofolini, Omissione di pronuncia, in Riv. dir. proc. civ., 1938, I, 96 ss.; V. Andrioli, Commento al codice di procedura civile, I, Napoli, 1957, 320 ss.; m. Cappelletti, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, Milano, 1962, 345 ss.; E. Grasso, La regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e le nullità da "ultra" ed "extra" petizione, in Riv. dir. proc., 1965, 387 ss.; A. Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 1999; M. Montanari, Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in Dir. proc. amm., 2003, 354 ss.; Pilloni, La Cassazione e il rilievo *ex officio* della nullità contrattuale tra oggetto del giudicato, principio dispositivo e corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in Riv. civ. e prev., 2006, 1674 ss.

Orbene, occorre tener presente un ulteriore momento processuale.

I fatti prospettati devono essere provati dalle parti nel corso del giudizio affinché il giudice adito ne possa tener conto ai fini della decisione (145).

Le ipotesi ricostruttive avanzate dalle parti vanno verificate in corso di causa; è necessario che i fatti dedotti in giudizio siano provati.

Orbene, per quanto concerne le iniziative probatorie e l'acquisizione del materiale probatorio, non può sostenersi *a priori* il monopolio delle parti come riflesso del monopolio di queste ultime nella instaurazione del processo e nella delimitazione dell'oggetto del giudizio.

Come è stato osservato nel primo capitolo, la tutela giurisdizionale è nella esclusiva disponibilità dei soggetti titolari delle situazioni giuridiche mentre le modalità di accertamento dei fatti nel processo sono questioni di tecnica processuale e di scelte del legislatore.

La dottrina ha approfondito la questione del rapporto tra principio dispositivo in senso sostanziale (in cui rientrano sia il principio della domanda sia il principio di disponibilità dell'oggetto del giudizio) e principio dispositivo in senso processuale o principio di disponibilità delle prove; invero, è stata abbandonata la tesi risalente secondo la quale vi sarebbe un rapporto di derivazione del secondo al primo e si insiste sulla loro distinzione, basata sul fatto che mentre il primo costituisce un necessario riflesso dell'autonomia delle parti e della loro signoria sui beni della vita in base alla norme di diritto sostanziale, il secondo ha natura strettamente processuale, inerendo a profili di tecnica del processo¹⁴⁶.

¹⁴⁵ In tal senso, C. Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, 182.

¹⁴⁶ In tal senso, F. Carpi – M. Taruffo, *Art. 115, Dei poteri del giudice*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2006, 351 ss.. Si vedano, inoltre, S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, 450; *La China, Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 628 e ss.; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2003, I, 82 ss.

La distinzione tra i due suddetti principi è destinata, tuttavia, ad attenuarsi in un'ottica funzionale, in quanto entrambi servono ad assicurare l'imparzialità del giudice nel processo nell'accertamento dei fatti. In tal senso, E. T. Liebman, *Problemi del processo civile*, Napoli, 1972, 12 ss.. In quest'ottica, si consideri l'opinione che ritiene anche il

Tuttavia, “*ciò che rimane escluso è che il giudice possa esercitarli (i poteri processuali) per la soddisfazione di un interesse che abbia lo stesso valore di quello delle parti e quindi mettendosi in una posizione uguale a quella delle parti. Ma niente può opporsi, anche in un processo di parti a che al giudice siano attribuiti poteri processuali sostanziali e in specie poteri sul materiale istruttorio: basterà solo che essi non mirino a soddisfare un interesse all’oggetto del giudizio, ma solamente un interesse al giudizio e quindi basterà solo che per essi non venga modificata la posizione che al giudice compete di fronte agli altri soggetti, in un processo di parti*” (147).

Il giudice non può trarre il proprio convincimento sul fatto oggetto del giudizio da mezzi di prova che non siano strettamente riferiti all’allegazione della parte¹⁴⁸.

In altri termini, l’introduzione dei fatti ad opera delle parti delimita il perimetro processuale entro il quale il giudice può esercitare i poteri istruttori d’ufficio¹⁴⁹.

La ricerca extraprocessuale dei fatti secondari non allegati dalle parti deve essere preclusa al giudice; diversamente, la dottrina ha sostenuto che si descriverebbe un processo criticabile dal punto di vista dell’art. 24 Cost.¹⁵⁰. “*Semmai si avranno ipotesi nella quali, all’interno del perimetro delle allegazioni e dell’istruzione primaria, le operazioni di istruzione secondaria intese ad acquisire il singolo mezzo di prova potranno essere poste in essere solo dalla parte ovvero su sua espressa istanza, ed altre nelle quali il giudice – senza uscire dal perimetro tracciato dalle parti – dispone l’acquisizione dei mezzi di prova; e ciò accade ogniqualvolta il mezzo sia detenuto dall’amministrazione come ente,*

principio della disponibilità delle prove un principio fondamentale del processo civile, tenendo presente che i profili tecnico-organizzativi del processo sono in grado di incidere sui valori che si intendono perseguire. (Monteleone, Diritto processuale civile, Padova, 1995, 266).

¹⁴⁷ F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 46.

¹⁴⁸ L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 934.

¹⁴⁹ L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 934.

¹⁵⁰ L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 935.

anche nel processo ordinario di cognizione¹⁵¹”, non solo nel processo amministrativo.

3. La crisi del modello tradizionale “per principi” di ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo.

L’istruzione probatoria individua quel complesso di attività mediante le quali il giudice conosce e accerta dei fatti da porre a base della sua decisione¹⁵².

¹⁵¹ L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 935.

¹⁵² Secondo un’autorevole definizione, l’istruzione probatoria è “l’attività svolta dalle parti e dal giudice per la conoscenza dei fatti, finalizzata a rendere possibile una pronuncia definitiva sulla base della conoscenza della realtà su cui si fondano le affermazioni delle parti costui tesi in giudizio”, L. Migliorini, Istruzione del processo amministrativo, in Enc. dir, XVIII, Roma, 1990.

Nel processo l’istruttoria indica il complesso delle attività, svolte dal giudice e dalle parti, di acquisizione degli elementi necessari per la formazione della decisione.

Si distingue un’istruttoria preparatoria, concernente, genericamente, l’impostazione del giudizio, da una probatoria (o istruttoria in senso stretto), diretta ad accertare gli elementi di fatto della controversia.

Sull’istruzione in senso stretto o istruzione probatoria si vedano F. Carnelutti, La prova civile, Roma, 1915; R. Scognamiglio, Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto), in Riv. trim. dir. proc. civ., 1954, 331-355; V. Andrioli, Commento al codice di procedura civile, II, Del processo di cognizione, Napoli, 1960; M. Taruffo, Note in tema di giudizio di fatto, in Riv. dir. civ., 1971, I, 33-51; G. Verde, L’onere della prova nel processo civile, Napoli, 1974; B. Cavallone, Crisi delle *Maximen* e disciplina dell’istruzione probatoria, in Riv. dir. proc., 1976, 678-707; V. Andrioli, voce Prova (dir. proc. civ.), in Nss. Dig. it., XIV, 1978, 261-300; V. Andrioli, Diritto processuale civile, I, Napoli, 1979; L. Montesano, Le prove disponibili d’ufficio e l’imparzialità del giudice civile, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1978, 189-206; L. Montesano, Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1980, 233-251; E. Grasso, Dei poteri del giudice, in E. Allorio (diretto da), Commentario del codice di procedura civile, I, 2, 1973, 1254-1345; E. T. Liebman, Manuale di diritto processuale civile, II, Milano, 1981; L. P. Comoglio, Le prove, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, XIX, 1985, 163-362; G. Verde, voce Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile, in Enc. dir., XXXVII, Milano, 1988, 579-648; G. Verde, Dispositivo (principio), in Enc. giur. Treccani, XI, 1989, 1-8; S. Patti, Prova (diritto processuale civile) in Enc. Giur. Treccani, vol. XXV, Roma, 1991; E. Grasso, Note sui poteri del giudice nel nuovo processo civile di primo grado, in Riv. dir. civ., 1992, 711-730; E. Grasso, Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado, in Riv. dir. civ., 1993, 639-655; C. Mandrioli, Diritto processuale civile, II, Torino, 2003, 173 ss.; A. Carratta, Prova e convincimento del giudice nel processo civile, in Riv. dir. proc., 2003; L. P. Comoglio, Le prove civili, Torino, 2004; A. Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 1994; A. Arieta, F. De Santis, L. Montesano, Corso base di diritto processuale civile, Padova, 2008; B. Sassani, Lineamenti del processo civile italiano, Milano, 2008;

L'istruttoria probatoria rappresenta una fase fondamentale del processo nel corso della quale i soggetti del processo cooperano in vista della formazione della decisione giudiziale¹⁵³.

La parte introduce in giudizio i fatti costitutivi della domanda o, a seconda della posizione processuale, i fatti impeditivi, modificativi o estintivi, a base delle eccezioni, perché giuridicamente rilevanti (fatti principali) (154).

In generale, il fatto non accede nel processo come accadimento empirico o oggetto materiale (155).

Il fatto viene introdotto in giudizio dalle parti, le quali devono valorizzarlo giuridicamente, farlo a base delle proprie domande, eccezioni e difese ed, infine, devono dimostrarne nel processo l'esistenza.

Ciascuna delle parti sottopone al giudice, con i propri scritti difensivi, una ricostruzione della realtà extraprocessuale e dei fatti accaduti; ciascuna delle parti formula una sorta di "narrazione ipotetica"(156) che deve essere dimostrata e verificata in corso di causa, sebbene sia "*soltanto la decisione definitiva del giudice ad acclararne o meno la verità*" (157), in relazione agli esiti prodotti dalle prove raccolte o espletate in giudizio.

C. Consolo, Il processo di primo grado e l'impugnazione delle sentenze, Padova, 2009; M. Taruffo, La prova nel processo civile, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger (diretto da), Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 2012.

¹⁵³ Si tenga presente che l'istruzione nel procedimento, invece, ha un significato più complesso in quanto assolve anche alla funzione di acquisizione degli interessi rilevanti al procedimento. Sul tema si veda A. Meale, L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento, in AA. VV., Percorsi di diritto amministrativo, Torino, 2014, in corso di stampa.

¹⁵⁴ Il criterio della "rilevanza giuridica" implica il riferimento alla norma giuridica di cui l'attore chiede l'applicazione. Nell'ordinamento tedesco si parla di *abstrakte Tatbestand*, vale a dire di quella parte della norma che prevede che al verificarsi di determinati fatti si producono le conseguenze giuridiche che la stessa norma prevede. Cfr. M. Taruffo, M. Taruffo, La prova nel processo civile, op. cit., Milano, 2012, 8. Più ampiamente, sulla determinazione giuridica del fatto, si veda M. Taruffo, La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali, Milano, 1992, 310 ss.

¹⁵⁵ M. Taruffo, La prova nel processo civile, op. cit., Milano, 2012, 3 ss.

¹⁵⁶ M. Taruffo, La prova nel processo civile, op. cit., Milano, 2012, 3 ss.

¹⁵⁷ M. Taruffo, La prova nel processo civile, op. cit., Milano, 2012, 5.

In teoria, l'iniziativa probatoria può essere assunta sia dal giudice che dalle parti.

Al fine di descrivere la ripartizione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori nel processo amministrativo, la dottrina e la giurisprudenza richiamavano tradizionalmente la nozione di "principio dispositivo con metodo acquisitivo".

Dunque, le caratteristiche del sistema istruttorio e del metodo di accertamento della verità nel processo erano ricostruite attraverso il richiamo al principio dispositivo, della cui operatività nel processo di parti non si discuteva.

Invece, l'utilizzo del metodo acquisitivo nel processo amministrativo rappresentava una sorta di "correttivo" rispetto alla purezza del principio dispositivo caratterizzante il processo civile.

Occorre verificare se tale ricostruzione è stata recepita dal codice del processo amministrativo.

Innanzitutto, la purezza del principio dispositivo è ormai ampiamente superata nel processo civile, nel quale il legislatore ha attribuito al giudice poteri istruttori d'ufficio¹⁵⁸.

Non solo. Parte della dottrina ha messo in discussione che la ripartizione dei poteri istruttori tra giudice e parti nel processo civile debba essere effettuata sulla scorta di principi indefiniti (cd. *Maximen*).

Orbene, il predetto orientamento dottrinale offre valide argomentazioni per ritenere che l'affermazione del "principio dispositivo con metodo acquisitivo" vada adeguata alle norme introdotte dal codice nel processo amministrativo.

Invero, il processo civile rappresenta per quello amministrativo una sorta di "modello" sia in virtù del rinvio generalizzato alle norme del codice di

¹⁵⁸ L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 927 ss. , osserva che "come dimostra la puntuale ricostruzione della storia della dommatica delle massime gonneriane, la disciplina del processo civile ha subito varie oscillazioni tra l'idea che il contributo della parte alla ricostruzione del fatto sia oppure non sia condizione sine qua non per l'introduzione del fatto nel giudizio"; "nella scienza del giudizio civile è vivace la discussione circa i confini del principio dispositivo. Nella stessa scienza del processo civile il principio dispositivo è discusso e sussistono giudizi ordinari nei quali esso non può dirsi vigente nella sua forma più pura".

procedura civile ai sensi dell'art. 39 c.p.a. sia in quanto la parte del codice del processo amministrativo dedicata all'attività istruttoria e ai mezzi di prova richiama direttamente specifiche norme che disciplinano la fase istruttoria nel processo civile¹⁵⁹.

a) Come illustrato nel primo capitolo, la ricostruzione dell'istruzione probatoria "per principi" si è affermata dapprima nel processo civile.

La contrapposizione tradizionale è tra "*principio dispositivo*", in base al quale solo le parti hanno il monopolio nella deduzione dei mezzi di prova, e "*principio inquisitorio*", secondo il quale il giudice dispone di poteri autonomi di iniziativa istruttoria¹⁶⁰.

Come è stato osservato nel primo capitolo, la dottrina tradizionale sostiene che l'art. 115 c.p.c. rappresenti l'espressione sul piano normativo del principio dispositivo¹⁶¹.

Di recente¹⁶², una parte della dottrina ha chiaramente messo in discussione la predetta affermazione, facendo osservare che "*l'ambigua e infelice*

¹⁵⁹ F. Saitta, Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione, in *Diritto e processo amministrativo*, 2013, 116 ss., il quale osserva che "*l'obiettiva lacunosità della normativa sul processo amministrativo ha reso indispensabile un sempre più frequente ricorso al codice di procedura civile, che ha svolto – e svolge tuttora – il ruolo di collante di tutto il disorganico tessuto connettivo*". L'art. 44 della legge n. 69/2009 che ha attribuito al legislatore il compito di coordinare le nuove disposizioni finalizzate "al riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato" con le norme del codice di procedura civile "in quanto espressione di principi generali". In attuazione di questo criterio direttivo, nel codice del processo amministrativo, oltre al rinvio generale, "esterno", al codice di rito civile, contenuto nell'art. 39, vengono richiamate specifiche disposizioni processuali o ne viene riprodotto il testo. Sulla tecnica di rinvio generalizzata e su quella di rinvio specifico si veda S. Perongini, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 9 ss., secondo il quale "*appare opportuno evidenziare che il codice del processo amministrativo rinvia al codice processuale civile con due differenti tecniche, che non sono fra di loro omogenee, ma che sono in netto contrasto. (...) La presenza di due tecniche di rinvio, in altri termini, può ingenerare solo confusione e non risponde ad un buon metodo normativo. Sarebbe stato preferibile optare per una sola tecnica di rinvio, evitando di utilizzare schemi in contrasto fra di loro*".

¹⁶⁰ M. Taruffo, La prova nel processo civile, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schelesinger (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 91.

¹⁶¹ C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. I. I soggetti e gli atti*, Torino, 2006, 308 ss.; Rota, in Carpi- Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, sub art. 115, 429 ss.

*formulazione della norma ha suscitato e suscita una serie di dubbi interpretativi, in ragione dei quali emergono fondate incertezze su quale sia il reale significato della norma*¹⁶³.

In particolare è stato osservato che il ragionamento “per principi” non è concludente¹⁶⁴ e che la contrapposizione in questione è in realtà uno strumento retorico piuttosto che uno strumento analitico¹⁶⁵.

Nel processo civile il giudice “che indaga” è sempre stato visto come “una potenziale negazione del diritto soggettivo”.

*“Si evoca in sostanza lo spettro di Torquemada o il ricordo del Malleus maleficarum per indurre l’osservatore poco informato a rifiutare un sistema nel quale il giudice dispone di questi poteri”*¹⁶⁶.

¹⁶² E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito, Napoli, 2008, ha osservato che l’unico autore che in passato si pose in una prospettiva tendente al superamento della tradizionale contrapposizione fra principio dispositivo e principio inquisitorio fu B. Cavallone (I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile – Premessa storico-critica in ID., Il giudice e la prova nel processo civile, 27-28 ss., 96 ss.) il quale, a sua volta, aveva recepito gli spunti critici di L. Montesano. E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito, Napoli, 2008, 294 ss., evidenzia, inoltre, che particolarmente significativo si è rivelato anche lo sforzo ricostruttivo di A. Proto Pisani, “*il quale pur non ponendosi espressamente il problema della necessità o meno di procedere ad un superamento della tradizionale contrapposizione, procede evidentemente ad un superamento della stessa, non solo distinguendo nettamente sul piano sostanziale, per il tramite del divieto per il giudice di ricorrere alla propria scienza privata, l’ipotesi in cui il giudice “abbia poteri di ricerca autonoma delle fonti materiali di prova e dei fatti secondari fonti di presunzioni” dall’ipotesi in cui abbia, invece, un potere di iniziativa ufficiosa solo con riferimento a “fonti materiali di prova (e fatti secondari) che siano notorie o sia emerse, nel corso del processo in contraddittorio delle parti dagli atti del giudizio, ma anche qualificando giuridicamente in modo diverso questi due differenti modelli di istruttoria”*. Sulla necessità e sull’importanza di procedere ad un superamento della tradizionale contrapposizione dispositivo/inquisitorio, si vedano le riflessioni di E. Fabiani, I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito, Napoli, 2008, 529 ss.

¹⁶³ M. TARUFFO, *Introduzione*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 447.

¹⁶⁴ Si veda M. TARUFFO, *Introduzione*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 447 ss.

¹⁶⁵ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 91.

¹⁶⁶ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 91.

Ad avviso della dottrina in esame, la contrapposizione tra principio dispositivo e principio inquisitorio, non solo non è esatta, ma è anche concettualmente fuorviante in quanto si fonda sull'erroneo convincimento che i poteri istruttori siano un insieme indifferenziato che il legislatore assegna al giudice e alle parti, “*assegnando le rispettive fette*¹⁶⁷”, e che sussista un rapporto di proporzionalità inversa tra i poteri delle parti e quelli del giudice, vale a dire che ogni qualvolta si attribuisce un potere al giudice lo si sottrae alle parti.

Invece, la portata dei poteri istruttori del giudice non condiziona in alcun modo quella delle parti né implica una diminuzione delle garanzie processuali delle parti¹⁶⁸.

Ad avviso della dottrina in esame, le giustificazioni tradizionali del principio di disponibilità delle prove non sono idonee a configurare l'attribuzione di poteri istruttori al giudice come ipotesi eccezionale.

Tradizionalmente, infatti, si sostiene che il giudice non sarebbe in grado di valutare le prove di cui ha disposto d'ufficio l'acquisizione, in quanto sarebbe condizionato da una sorta di “*preconcetto*”, proprio perché le ha disposte d'ufficio.

Tuttavia, il problema della valutazione delle prove da parte del giudice si pone sia nel caso in cui ne ha disposto d'ufficio l'acquisizione sia se sono state le parti a richiederne l'acquisizione¹⁶⁹. Le soluzioni al problema, tuttavia, non si trovano “*sul piano della ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti, ma su piani differenti come quelli della preparazione professionale del giudice e dell'impiego di criteri razionali di valutazione delle prove*”¹⁷⁰.

Non c'è correlazione tra passività del giudice e imparzialità¹⁷¹.

Il giudice può cadere nella cd. “*tendenza alla verifica*” (*confirmation bias*), vale a dire nella tendenza a selezionare le informazioni che confermano (piuttosto

¹⁶⁷ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 92.

¹⁶⁸ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 93.

¹⁶⁹ M. TARUFFO, *Introduzione*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 458 ss.

¹⁷⁰ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 94 ss.

¹⁷¹ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 126 ss.

che quelle che falsificano) un'ipotesi già formulata, sia nel caso in cui le prove sono dedotte dalle parti sia nel caso in cui sono disposte d'ufficio¹⁷².

In particolare, il riconoscimento in capo al giudice di poteri istruttori non colpisce la sua imparzialità, in quanto “*si può dire che proprio il dovere di accertare autonomamente la verità lo rende indipendente ed imparziale rispetto alle posizioni delle parti*”¹⁷³.

Pertanto, deve ritenersi che l'imparzialità del giudice non derivi dal mancato esercizio di poteri istruttori d'ufficio, bensì è direttamente correlata alle modalità con cui essi vengono esercitati¹⁷⁴.

Inoltre, la dottrina in esame mette in discussione che l'attribuzione al giudice di poteri istruttori nel processo civile sia sintomo di un'ideologia autoritaria alla base del processo, in quanto l'unica ideologia di cui occorre tener conto nella ricostruzione delle dinamiche processuali è quella specifica del processo civile, vale a dire la risoluzione della controversia tra le parti¹⁷⁵.

L'unica circostanza valida che escluderebbe in maniera giustificata l'attribuzione al giudice civile poteri istruttori esercitabili d'ufficio sarebbe quella che nel processo la ricerca della verità non fosse considerata come un valore¹⁷⁶.

Orbene, ad avviso della dottrina in esame, anche il dato normativo non depone nel senso dell'affermazione del principio dispositivo.

La dottrina tradizionale sostiene che l'art. 115 c.p.c. sancisce il monopolio delle parti sulle deduzioni istruttorie, facendo salvi i casi in cui la legge attribuisce in via eccezionale al giudice poteri autonomi di iniziativa istruttoria, in base all'aforisma dell'antica sapienza “*iudex secundum alligata et*

¹⁷² M. TARUFFO, *Funzione del principio dispositivo*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 458 ss.

¹⁷³ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 95.

¹⁷⁴ M. TARUFFO, *Funzione del principio dispositivo*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 461.

¹⁷⁵ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 97 ss.

¹⁷⁶ M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, op. cit., Milano, 2012, 106 ss.

probata partium decidere debet”, richiamato dalla Relazione illustrativa al Codice del 1940.

Orbene, occorre tener conto che il vero aforisma non conteneva il riferimento ai “*probata partium*” così come dimostrato dalla dottrina più recente¹⁷⁷.

Invero, la dottrina tradizionale ammette la sussistenza di poteri istruttori in capo al giudice ma comunque li configura come ipotesi eccezionale.

L’art. 115 c.p.c. sarebbe una norma strutturata secondo lo schema regola/eccezione; pertanto, se le norme che attribuiscono poteri istruttori al giudice, esercitabili d’ufficio, fossero norme eccezionali rispetto al principio dispositivo (o principio di disponibilità delle prove) ai sensi dell’art. 115 c.p.c., il principio in questione troverebbe applicazione nei casi dubbi¹⁷⁸.

A tal proposito, vanno segnalate due innovative interpretazioni dell’art. 115 c.p.c.

Una voce autorevole della dottrina ha negato che nell’art. 115 c.p.c. sia codificato il principio dispositivo, per rinvenirvi invece la garanzia del diritto alla prova¹⁷⁹.

La dottrina esame, infatti, sostiene che l’espressione “*salvo i previsti dalla legge, il giudice debba porre a fondamento della sua decisione le prove prodotte dalle parti*” esprima il divieto del giudice di ricorrere alla sua scienza privata e gli imponga nella sua decisione di tener conto delle prove dedotte dalle parti, in chiara connessione con il diritto alla prova delle parti che è anche diritto delle parti a che il giudice prenda in adeguata considerazione, in sede di accertamento dei fatti, le prove che esse hanno prodotto¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Pico I Junoy, *El juez y la prueba, Estudio dela erronea reception del brocardo iudex secundum alligata et probata partium decidere debet, non secundum conscientiam* y su repercusion actual, Barcelona, 2007, 35 ss, 45 ss.

¹⁷⁸ M. TARUFFO, *Introduzione*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 447 ss.

¹⁷⁹ E. F. Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in Riv. dir. proc., 1974, 380 ss.

¹⁸⁰ E. F. Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in Riv. dir. proc., 1974, 380 ss.

In tal senso, le eccezioni (“*salvo i casi previsti dalla legge*”) al principio sancito effettivamente dall’art. 115 c.p.c. non sarebbero costituite dai casi in cui il giudice può disporre prove d’ufficio, bensì dalle disposizioni che prevedono limiti all’ammissibilità di determinati mezzi di prova¹⁸¹.

Secondo una diversa interpretazione, invece, il primo comma dell’art. 115 c.p.c. rappresenta la codificazione del principio che vieta al giudice di attingere dal sapere privato le fonti del proprio convincimento¹⁸².

Dunque, l’art. 115 c.p.c. non deve necessariamente espressione del principio dispositivo in materia di prove.

Ne consegue che, se il principio dispositivo non è affermato nel processo civile, è lecito dubitare che esista il principio inquisitorio¹⁸³. Viene meno la valenza e l’utilità di una simile contrapposizione.

La dottrina ha sostenuto che l’attribuzione al giudice di poteri istruttori non può essere vista come il risultato di uno scontro tra principi, “*ma con il fine di far sì che la decisione finale sui fatti di causa di avvicini il più possibile alla realtà storica ed empirica di questi fatti*”¹⁸⁴.

Pertanto, la strada da seguire per la ricostruzione della ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo civile è quella che tiene presente la disciplina specifica dei singoli mezzi di prova; nel prosieguo si cercherà di dimostrare che la predetta strada deve essere percorsa anche nel processo amministrativo.

¹⁸¹ E. F. Ricci, Il principio dispositivo come problema di diritto vigente, in Riv. dir. proc., 1974, 383 ss.

¹⁸² L. P. Comoglio, Le prove civili, 2009, 136 ss.

¹⁸³ M. TARUFFO, *I poteri istruttori del giudice*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 471 ss.

¹⁸⁴ M. TARUFFO, *I poteri istruttori del giudice*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 471 ss.

b) Per quanto riguarda il processo amministrativo, la dottrina maggioritaria sostiene che il Codice abbia confermato l'opzione per un modello dispositivo contraddistinto dall'utilizzo del metodo acquisitivo¹⁸⁵.

“In sostanza, secondo la stragrande maggioranza della dottrina, la formula del principio dispositivo con metodo acquisitivo continua a connotare il processo amministrativo anche nel codice entrato in vigore due anni fa, che, mentre riconosce al giudice il potere d'ufficio di chiedere chiarimenti o documenti (art. 63, comma 1) e di acquisire informazioni (Art. 64, comma 3), limita l'onere della prova incombente sulle parti agli elementi di prova che si trovano nella loro disponibilità¹⁸⁶”.

Una parte della dottrina, invece, ha affermato che *“almeno apparentemente”* non viene superata la risalente ricostruzione del sistema probatorio proprio del processo amministrativo in quanto il sistema probatorio risulta articolato, da un lato, sull'onere della prova gravante sulle parti e, dall'altro, su ampi poteri officiosi del giudice¹⁸⁷. La dottrina in questione lascia intendere la necessità di indagare il tema e la ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo alla luce delle disposizioni codicistiche.

¹⁸⁵ In tal senso L. Giani, La fase istruttoria, in F. G. Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, 2012, 361 ss., sebbene sostiene che l'operatività del metodo acquisitivo sia stata notevolmente attenuata; F. Saitta, Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione, in Diritto e processo amministrativo, 2013, 104 ss.

¹⁸⁶ In tal senso, F. Saitta, Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione, in Diritto e processo amministrativo, 2013, 104, il quale parla di *“timidezza nell'apportare significative innovazioni in materia di prove”* e di *“persistenza della concezione basata sul dualismo tra disparità delle parti e poteri officiosi del giudice, ergo sul richiamo al principio dispositivo con metodo acquisitivo”*.

Si vedano, inoltre, C. E. Gallo, Manuale di giustizia amministrativa, Torino, 2010, 220 ss.; R. Chieppa, Il codice del processo amministrativo, Milano, 2010, 372 ss.; G. D'Angelo, L'istruttoria, in Foro it., 2010, V, 215 ss.; A. Travi, Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo, in Dir. pubbl., 2010, 600-601; C. Lamberti, Disponibilità e onere della prova, Relazione al Convegno su *“La disponibilità della domanda nel processo amministrativo”*; G. Manfredi, Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo”, in Urb. App., 2010, 478.

¹⁸⁷ F. G. Scoca, Commento all'art. 63 c.p.a, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 532 ss.

Va segnalata, inoltre, una diversa opinione dottrinale secondo la quale “l’art. 64, primo comma, c.p.a. contiene l’affermazione del principio dispositivo come principio generale del processo amministrativo che subisce attenuazioni soltanto in funzione del superamento delle difficoltà per il ricorrente di procurarsi elementi di prova nella disponibilità dell’amministrazione¹⁸⁸”.

Orbene, senz’altro, il Codice ha acclarato la configurazione del processo amministrativo come processo di parti dalla quale ne discende che la formazione del *thema probandum* è rimessa alle parti.

Dunque, è senz’altro valido il riferimento al modello dispositivo nel processo amministrativo in questi termini.

Invece, in primo luogo, va abbandonata l’idea che il metodo acquisitivo costituisca una sorta di *tertium genus* rispetto al principio dispositivo e a quello inquisitorio; invero, il metodo acquisitivo rappresenta soltanto una modalità del sistema dispositivo, come era nell’originaria elaborazione di Benvenuti¹⁸⁹.

Va condivisa l’opinione della dottrina secondo la quale “nei modelli dispositivi si avrà la convivenza di metodo acquisitivo e dispositivo in misura diversa”¹⁹⁰.

In secondo luogo, lo studio della dottrina processualcivilistica ha evidenziato “la debolezza” della ricostruzione del metodo istruttorio per *Maximen*, mettendo in discussione che l’affermazione del principio dispositivo trovi espressione nell’art. 115 c.p.c., indirizzando l’interprete verso il dato normativo.

Non si tratta di una questione puramente terminologica, ma la critica alla ricostruzione dell’istruzione e della ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti sulla scorta di “principi” evidenzia la necessità di tener conto, innanzitutto, del dato normativo.

Orbene, l’art. 64 sostanzialmente riproduce la disposizione dell’art. 115 c.p.c.

¹⁸⁸ N. Di Modugno, Le prova, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), Commento al codice del processo amministrativo, Torino, 2012, 598 ss.

¹⁸⁹ L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 936

¹⁹⁰ L. R. Perfetti, Prova (dir. proc. amm.), in Enc. Dir., Annali, II, 2008, 936.

Dunque, senza alcuna pretesa di adesione a quell'orientamento dottrinale che critica la ricostruzione dell'istruzione nel processo "per principi" – che richiederebbe un'indagine che esula dai profili problematici affrontati in questa sede –, deve ritenersi che il "*principio dispositivo come metodo acquisitivo*" rischia di rivelarsi una formula meramente indicativa se non supportata dalle previsioni e dalle scelte del legislatore contenute nel codice del processo amministrativo¹⁹¹.

4. L'attuale quadro normativo dell'istruzione nel processo amministrativo.

a) L'impossibilità di configurare l'istruzione probatoria come fase autonoma del processo. Il "binomio processo breve ed istruttoria debole": critiche.

L'analisi della sistematica del codice del processo amministrativo evidenzia che, a differenza del passato, l'istruzione nel processo è disciplinata da diverse norme (192).

In particolare, il Codice dedica il Titolo III, del secondo Libro, alla disciplina dei "mezzi istruttori e attività istruttoria" (artt. 63- 69).

La disciplina dell'attività istruttoria si riferisce al processo amministrativo senza la differenziazione tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva per quanto riguarda i mezzi di prova ammissibili e l'operatività della regola dell'onere della prova (193), che in passato aveva contraddistinto l'istruzione processuale.

¹⁹¹ Tra le novità introdotte dal Codice del processo amministrativo va evidenziato il fatto che il legislatore ha ricondotto – quanto meno sul piano dell'accertamento dei fatti, le tre *species* della giurisdizione amministrativa ad un unico *genus*, assicurando al giudice la stessa capacità di penetrazione del fatto. In tal senso, N. Di Modugno, Le prova, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), Commento al codice del processo amministrativo, Torino, 2012, 590 ss.. Si veda, inoltre, G. Manfredi, Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo, in Urb. Appl., 2011, 475 ss.

⁽¹⁹²⁾ A. Mezzotero, P. Mazza, Commento all'art. 63 c.p.a., in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), Codice del processo amministrativo, Roma, 2010, 1001.

¹⁹³ A. Mezzotero, P. Mazza, Commento all'art. 63 c.p.a., in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), Codice del processo amministrativo, Roma, 2010, 1001.

Tuttavia, sebbene il Codice riservi diverse disposizioni alla disciplina dell'istruzione, il legislatore non ha conferito a quest'ultima una vera e propria autonomia come fase del processo rispetto a quella decisoria.

Invero, nel processo amministrativo l'istruzione probatoria non ha mai assunto le caratteristiche di una fase processuale autonoma, con un giudice istruttore, né prima né a seguito dell'emanazione del codice del processo amministrativo.

Viene mantenuto il principio di concentrazione dei poteri istruttori e decisorii.

A tal proposito la dottrina ha osservato che *“il sistema istruttorio ordinario sconta deficienze consolidate. Manca un giudice istruttore. Solo in parte il presidente può sopperire monocraticamente alle esigenze istruttorie: sul fatto deve rinviare al collegio. Il collegio, da parte sua, solo eccezionalmente, può disporre consulenza tecnica. Il giudizio negativo, sull'istruttoria debole, vale sia in senso assoluto che relativo. In senso assoluto, l'istruttoria andava potenziata per attenuare la posizione dominante, che si forma nel procedimento, sulla disponibilità dei fatti, riferibile all'amministrazione”*¹⁹⁴.

Tuttavia, l'impossibilità di configurare un'autonoma fase istruttoria nello svolgimento del processo amministrativo non significa che l'accertamento dei fatti da porre a fondamento della decisione giudiziale possa costituire un momento processuale meramente eventuale.

Al contrario, l'istruzione nel processo amministrativo svolge un ruolo centrale per assicurare l'effettività della tutela e la parità delle parti.

La debolezza del sistema dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria è ancora più evidente nelle tipologie giustiziali della sentenza breve.

A tal proposito, la dottrina ha ritenuto che *“le forme emergenti del processo breve, decodificato, destrutturato e flessibile, portano un ulteriore*

¹⁹⁴ In tal senso, E.M. Marengi, *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino, 2014, 34 ss.

possibile squilibrio, quanto alla tutela delle posizioni processuali rappresentate”¹⁹⁵.

I moduli processuali flessibili a sentenza breve si innestano su un modello generalista proprio dei “mezzi di prova e attività istruttoria”, che, indipendentemente dall’affievolimento più o meno emergente delle garanzie a tutela, ha solo in parte rafforzato il sistema istruttorio e probatorio¹⁹⁶.

È possibile che al processo breve possa corrispondere un’istruttoria debole¹⁹⁷.

Si distinguono in questo senso il modulo caratterizzato dalla fase cautelare che si risolve nella fase di merito con le forme semplificate (art. 60) e il modulo della semplificazione, come categoria decisionale a tipologia definita (art. 74). (“giusto processo affidato ad una sentenza breve”)¹⁹⁸.

“L’istruttoria assunta in sede di sommaria delibazione si converte in istruttoria piena”. Orbene, la dottrina sostiene che *“su di un’istruttoria, che si ritiene completa seppur radicata nella fase cautelare in grado di assicurare la maturità degli accertamenti consentiti, si ha qualche perplessità. Non risolve*

¹⁹⁵ In tal senso, E.M. Marengi, *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino, 2014, 33.

¹⁹⁶ In tal senso, E.M. Marengi, *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino, 2014, 33 ss.

¹⁹⁷ E.M. Marengi, *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino, 2014, 43 ss. osserva che *“c’è il rischio che il genus normativo della sentenza breve e dell’interconnessione sancita tra sentenza semplificata ed istruttoria debole, si rinforzi al punto di relegare in posizione residuale, ininfluyente, le ragioni delle parti orientate verso un’irrinunciabile esigenza istruttoria. Il binomio sentenza breve ed istruttoria debole è alimentato, in negativo, dai limiti configurabili per il principio del “sentite sul punto le parti”. Il “sentite” vale una posizione processuale passiva non attiva. Alla difesa non è riconosciuto il diritto, in presenza di obiettive esigenze, di chiedere comunque l’istruttoria. È questo che manca nella norma. Si può condividere la semplificazione di tendenza. Si può condividere la presenza di presupposti favorevoli ad una rapida decisione, fatta di elementi di fatto e di diritto da ritenersi scontati. Ma la dinamica processuale, condizionata da un’insufficiente istruttoria procedimentale, può eccezionalmente determinare la necessità di un approfondimento istruttorio. Tale evenienza, esasperando la regola semplificativa, è del tutto esclusa. Il giusto processo, nell’accezione proposta si afferma come diritto alla semplificazione prima ancora che come diritto alla difesa, all’istruttoria, all’effettività della tutela. Siamo di fronte più ad un diritto all’informazione che ad un diritto all’istruttoria possibile”*.

¹⁹⁸ In tal senso, E.M. Marengi, *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino, 2014, 35.

l'interrogativo la previsione del coinvolgimento delle parti per i livelli di garanzia di un'istruttoria maturata esclusivamente in funzione di una decisione cautelare. A meno che non si debba ritenere che la brevità assuma un criterio di prevalenza, in forza del quale si debba concedere qualcosa alle necessità istruttorie, compensando le reciproche esigenze. Né ci si può sentire garantiti dal giudizio di maturità rimessa alla difesa del privato, che va sentita e che nella fase cautelare, a cognizione minore, possa decidere sull'inutilità di un'istruttoria virtuale, successiva, rispetto alla quale possa virtualmente ipotizzarsi che un'istruttoria più rigorosa possa dare di più"; inoltre, "il dubbio è che un processo breve possa non garantire l'effettività della tutela e la parità delle parti"¹⁹⁹. Della parità c'è bisogno, perlomeno quanto della brevità, nel processo contro la pubblica amministrazione"²⁰⁰.

5. Oneri delle parti e poteri del giudice nell'istruzione probatoria

Il processo è un fenomeno giuridico dinamico contraddistinto dalle relazioni che si instaurano tra l'esercizio dei poteri da parte del giudice e l'attività delle parti²⁰¹.

¹⁹⁹ Sul modello di giusto processo amministrativo si vedano C. Calabrò, Il giusto processo e la nuova scommessa del diritto amministrativo, in Cons. Stato, 2000, II, 2345 ss.; L. P. Comoglio, Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto), in Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, 887 ss.; L. P. Comoglio, La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo", in Riv. dir. proc. civ., 2001, 633 ss.; V. Domenichelli, La parità delle parti nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2001, 859 ss.; G. Leone, Brevi note a margine della legge n. 205/2000. UN passo avanti verso il "giusto processo amministrativo?", in Dir. proc. amm., 2001, 645; S. Tarullo, Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea, Milano, 2004; E. Follieri, Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2006, 499 ss.; F. G. Scoca, I principi del giusto processo, in F. G. Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, Torino, 2011, 165 ss.; F. Merusi, Il codice del giusto processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2011, 1 ss.; V. Fanti, Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo, Torino, 2012, 165 ss.

²⁰⁰ In tal senso, E.M. Marengi, Il processo senza modello tra tempo e tutela, Torino, 2014, 35 ss.

²⁰¹ F. Carnelutti, Diritto e processo, Napoli, 1958, 17 ss.; E. Fazzalari, Processo (teoria generale del), in Novissimo Dig. It., XIII, Torino, 1966, 1069 ss.; E. Fazzalari, Processo (diritto vigente), in Enc. Dir., XXXVI, Milano, 1987, 118 ss.; C. Mandrioli, Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali, Torino, 2004, 35 ss.

Il processo si realizza in una successione alternata di “poteri” e di “atti”, fino alla pronuncia da parte del giudice; *“in questa serie alternata di situazioni giuridiche (processuali) che introducono atti (processuali), e di atti che danno luogo a situazioni, si realizza, dunque, quella dinamica giuridica che è l'essenza propria del processo come procedere giuridico”*²⁰².

Il processo non può essere più configurato come un *“unico rapporto giuridico processuale statico”* ma è *“in realtà una serie di rapporti in continua trasformazione nell'evolversi delle situazioni attraverso l'esercizio dei poteri”*²⁰³.

Le situazioni giuridiche processuali sono quelle di potere, di dovere, di facoltà e di liceità²⁰⁴.

Il potere è la situazione giuridica che acquista maggiore rilievo nel processo e consiste nella possibilità di produrre situazioni giuridiche; *“i poteri introducono gli atti che danno luogo a nuove situazioni di dovere, di liceità, di potere”*.

La titolarità di un determinato potere comporta che se un soggetto pone in essere un determinato atto processuale, produce determinati effetti giuridici.

L'attuazione dei poteri in atti determina il progredire del processo²⁰⁵.

Orbene, si possono distinguere i poteri delle parti da quelli dell'organo giudicante.

Per quanto riguarda le parti, il diritto di azione rappresenta la situazione giuridica globale del soggetto che chiede tutela; si tratta di una situazione giuridica composita, alla quale sono riconducibili poteri, doveri e facoltà.

²⁰² C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2004, 37.

²⁰³ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2004, 39 ss.

²⁰⁴ Sulle nozioni di potere, dovere, liceità e facoltà come situazioni giuridiche processuali si veda C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2004, 34 ss.

²⁰⁵ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2004, 38.

In particolare, le parti sono titolari di particolari poteri, in base ai quali un determinato comportamento viene individuato dalla legge come strumento necessario per conseguire il risultato voluto.

I predetti poteri, espressi talvolta sotto forma di apparenti doveri²⁰⁶, si definiscono “oneri”²⁰⁷.

Dunque, la figura dell’onere ricorre quando la legge ricollega al mancato esercizio di un potere conseguenze pregiudizievoli per il titolare di quel potere. In altri termini, il mancato compimento di un’attività processuale si risolve in danno del soggetto che avrebbe potuto compierla.

I poteri del giudice, invece, sono riconducibili alla funzione giurisdizionale che egli è chiamato ad esercitare; assumono differenti caratteristiche e possono essere diversamente classificati²⁰⁸.

I poteri del giudice possono essere descritti anche in relazione alla capacità di incidere sul provvedimento finale, la cui emanazione costituisce espressione del dovere decisorio del giudice nell’esercizio delle sue funzioni.

Nell’ambito dei poteri del giudice, pertanto, può distinguersi tra i poteri del giudice il cui esercizio non è in grado di incidere sul contenuto della decisione finale e quelli, invece, che possiedono tale capacità di incidenza, anche in combinazione con l’esercizio dei poteri delle parti.

Per quanto concerne gli atti processuali del giudice e dei suoi ausiliari, essi sono generalmente qualificati dalle norme che li disciplinano come “atti *doverosi*”; dal punto di vista delle situazioni soggettive individuano altrettanti doveri di quegli organi pubblici.

²⁰⁶ Con riferimento all’attività della parte, invece, va osservato che le norme processuali utilizzano talvolta l’espressione “deve”; tuttavia, si tratta di un “dovere apparente”; tecnicamente, dovrebbe parlarsi di “onere” che è un aspetto particolare di taluni poteri processuali in capo alle parti.

²⁰⁷ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2004, 37 ss.

²⁰⁸ Cfr. V. Denti, *Poteri del giudice*, *Novissimo Dig. Italiano*, XIII, Torino, 1966, 489 ss.; G. Fabbrini, *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 721 ss.; più recentemente, A. Caratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011 e le indicazioni bibliografiche ivi contenute.

Il fatto che il giudice debba porre in essere un determinato atto ma che sia libero di individuarne discrezionalmente il contenuto, vale a dire che l'agente abbia margini di scelta, non incide sulla valutazione di doverosità che la norma collega all'atto.

In tal senso, non vi sarebbe ragione di richiamare *“l'equivoca figura del potere-dovere, alla quale di solito di fa ricorso anche al fine di conciliare la possibilità di scelta del comportamento con la sua doverosità”*.

E' condivisibile, invece, l'affermazione secondo la quale le situazioni giuridiche degli organi del processo sono sottoposti ad una doppia valutazione, vale a dire *“molti atti che adempiono doveri contribuiscono alla dinamica processuale in quanto sono valutati anche come poteri”*²⁰⁹.

Pertanto, il giudice “può” compiere determinati atti non solo nel significato della situazione di potere ma nell'ottica della sussistenza di un vero e proprio dovere.

Orbene, per quanto concerne la ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo amministrativo, occorre partire dall'osservazione che l'attuazione dei predetti poteri permette l'acquisizione al processo del materiale probatorio, funzionale all'accertamento dei fatti.

I poteri processuali riferibili all'istruzione trovano attuazione in atti di iniziativa probatoria e in atti di acquisizione dei mezzi di prova al processo.

Si tratta di atti che possono essere compiuti sia dalle parti che dal giudice.

L'attività di valutazione del materiale probatorio, invece, è attuazione del potere del giudice riguardante la decisione della controversia.

L'espressione “poteri istruttori”, pertanto, viene assunta come “formula” per indicare le situazioni giuridiche processuali riferibili al giudice e alle parti rispetto alla determinazione degli strumenti probatori; tuttavia, di volta in volta, sarà necessario verificare la doverosità dei “poteri” del giudice e gli aspetti particolari dei “poteri” delle parti.

²⁰⁹ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2004, 37.

Le situazioni giuridiche processuali riconosciute al giudice e alle parti nella fase istruttoria del processo sono qualificabili come “poteri” processuali, ma ciascuna di esse presenta caratteristiche diverse a seconda dei profili soggettivi e oggettivi individuati dalle norme.

6. L'onere della prova nel processo amministrativo

Il modello del processo dispositivo postula, come condizione necessaria, che le parti, mediante l'allegazione, prospettino al giudice l'esistenza di un fatto e lo pongano a fondamento di una domanda o di una eccezione, delimitando l'oggetto del giudizio.

Orbene, se una parte intende giovare di un fatto, quale premessa fattuale di determinati effetti giuridici, deve darne la prova in giudizio ai sensi dell'art. 2697 c.c., secondo il quale *“chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”* (c.d. principio dell'onere della prova)²¹⁰.

²¹⁰ Boulanger, *Reflexions sur le probleme de la charge de la preuve*, in Rev. Trim. dr. Civ., 1966, 736 ss., evidenzia il collegamento esistente tra il principio dell'onere della prova e l'idea della neutralità del giudice.

Sull'onere della prova, in generale, si vedano C. Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, I, Firenze, 1914, 164-257; G. P. Augenti, *L'onere della prova*, Roma, 1932; G. A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1942; G. Verde, *L'onere della prova*, Padova, 1942 ss.; F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 374 ss.; A. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 374 ss.; M. Nigro, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in Foro it., 1967, 9 ss.; V. Andrioli, *Prova (dir. proc. civ.)*, in Noviss. Dig. it., XIV, Utet, Torino, 1967, 292-300; G. Verde, *Contributo alla teoria dell'onere della prova*, Napoli, 1968; A. Giuliani, *Il concetto di prova, contributo alla logica giuridica*, Milano, 107 ss.; M. Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in Riv. dir. proc., 1973, 425 ss.; Glendi, *I poteri del giudice nell'istruzione del processo tributario*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1985, 906 ss.; G. Verde, *Prova in generale b), teoria generale e diritto processuale civile*, in Enc. dir., XXXVII, Milano, 1988, 625-648; A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988; F. De Sanctis, *Artt. 2697-2698*, in P. Perlingieri (a cura di), *Codice civile*, VI, Napoli, 1991, 124-137; L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 1998, 84-166; F. De Stefano, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 51-68.

Invero, tra l'allegazione di un fatto principale e l'onere della sua dimostrazione in giudizio intercorrono rapporti di *prius-posterius* che vengono generalmente considerati pacifici.

In altri termini, l'attore ha l'onere di provare i fatti costitutivi del proprio diritto, vale a dire quei fatti che ne hanno determinato la nascita. Il convenuto deve, al contrario, provare l'inefficacia di tali fatti ovvero deve introdurre nel processo i fatti impeditivi, modificativi o estintivi mediante i quali dimostri che quel diritto, anche se validamente sorto per l'attore, è successivamente venuto meno.

Tale impostazione è valida anche per il processo amministrativo.

Come osservato nel primo capitolo, tuttavia, prima dell'emanazione del codice, la giurisprudenza affermava la piena ed integrale operatività del principio dell'onere della prova soltanto nelle ipotesi in cui gli elementi di prova atti a fondare la domanda giudiziale fossero stati nella disponibilità della parte interessata²¹¹.

Diversamente, qualora tali elementi fossero stati esclusivamente nella disponibilità della pubblica amministrazione, l'onere della prova in capo al ricorrente era attenuato e si trasformava nella mera necessità di allegare un "principio di prova", sulla scorta del quale il giudice avrebbe potuto esercitare d'ufficio i suoi poteri acquisitivi²¹².

²¹¹ *Ex multis*, T.a.r. Lombardia, III, 19.11.2008 n. 5442; T.a.r. Lazio, 29.10.2008 n. 1450.

²¹² Secondo T.a.r. Basilicata, Potenza, I, 10.09.2010 n. 616: "*nel giudizio amministrativo, vige il generale principio processualistico di cui all'art. 2697 c.c. in base al quale incombe sulla parte attrice l'onere di indicare e dimostrare specificamente i fatti posti a fondamento della pretesa azionata. Tale principio -che subisce un'attenuazione nell'ipotesi in cui il giudizio verta su interessi legittimi, per effetto dell'intermediazione del provvedimento amministrativo- trova piena applicazione in sede di giurisdizione esclusiva in cui si verte di diritti soggettivi*".

Sulle caratteristiche della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si veda *ex multis* V. Fanti, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – Pubblico impiego*, in *Collana delle fonti giurisprudenziali*, Rimini, 1994.

Orbene, l'art. 64, primo comma, c.p.a. stabilisce che *“spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”*²¹³.

Inoltre, l'operatività del c.d. “principio dell'onere della prova” è ribadito all'art. 63, primo comma, c.p.a., il cui *incipit* afferma *“fermo restando l'onere della prova a loro carico”*.

Nonostante il dettato normativo, la giurisprudenza e la dottrina hanno dimostrato in talune ipotesi di essere ancora legate alle ricostruzioni dell'onere della prova *ante codice*.

È stato sostenuto, in giurisprudenza, che *“nel processo amministrativo, nei casi di giurisdizione esclusiva, ove si facciano valere pretese patrimoniali, il principio dell'onere della prova si applica nella sua pienezza, non essendo consentito al Giudice di supplire all'attività istruttoria delle parti, per lo meno quando, come appunto accade nel caso all'esame, nessuna situazione di inferiorità sia dedotta dal ricorrente, né sia in concreto ravvisabile, in ordine alla disponibilità del materiale documentale necessario per provare i fatti allegati”*²¹⁴.

In altri casi, invece, il giudice amministrativo ha affermato correttamente che *“nel giudizio amministrativo spetta al ricorrente, che assume di aver subito un danno dall'adozione di un provvedimento illegittimo o anche da un comportamento della P.A., l'onere della prova, secondo il principio generale fissato dall'art. 2697 c.c. non potendo a tanto supplire il soccorso istruttorio del giudice, trattandosi di prove che sono nella piena disponibilità della parte”* (Cons. Stato Sez. III, 19.07.2013 n. 3943).

Invero, le norme introdotte dal Codice impongono alcune riflessioni che conducono ad una revisione dell'impostazione precedente.

²¹³ F. G. Scoca, Commento all'art. 63 c.p.a, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 532, 538, evidenzia che con il Codice “per la prima volta viene esplicitamente affrontato il tema dell'onere della prova. Si veda, inoltre, N. Di Modugno, Le prove, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), Commento al codice del processo amministrativo, Torino, 2012, 596 ss.

²¹⁴ Si vedano, inoltre, Cons. St., sez. VI, 2.2.2012, n. 586, 9.7.2012, n. 4006 e 19.3.2013, n. 1593; Cons. St., sez. V, 17.9.2012, n. 4919; Cons. Stato Sez. III, 14122011, n. 6573;

Dunque, innanzitutto, non può sostenersi, come in passato, una differenziazione tra onere della prova nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva e onere della prova nelle ipotesi di giurisdizione di legittimità.

In secondo luogo, va osservato che, rispetto alla formulazione dell'art. 2697 c.c., nel processo amministrativo l'onere della prova sembra effettivamente avere una portata più limitata in quanto è circoscritto soltanto agli "*elementi di prova nella disponibilità delle parti*".

Orbene, alla luce delle norme codicistiche, il concetto "chiave" per l'esegesi dell'art. 64, primo comma, è rappresentato proprio dalla nozione di "disponibilità della prova".

Come innanzi detto, si affermava comunemente che la difficoltà del ricorrente di accedere alle fonti di prova comportasse l'attenuazione dei suoi oneri probatori, nel senso che su lui incombeva un onere ridotto, il c.d. "*onere del principio di prova*"²¹⁵.

Orbene, ad avviso di chi scrive, l'attenuazione degli oneri probatori nei suddetti casi non rappresenta alcuna "eccezione" alla regola dell'onere della prova ma si tratta soltanto di una conseguenza dell'impossibilità della parte di assolvere ad un onere su di lei teoricamente incombente ma, in concreto, non ascrivibile.

La nozione di "principio di prova" fu elaborata dalla giurisprudenza alle origini del processo amministrativo nell'ambito di una giurisdizione di natura obiettiva, per ragioni differenti.

Il principio di prova individuava le argomentazioni e gli elementi che il ricorrente avrebbe dovuto addurre per convincere il giudice della necessità dell'istruzione processuale, che all'epoca era solo eventuale.

Poi, nel tempo, l'onere del principio di prova è stato utilizzato come strumento di coordinamento tra onere della prova e metodo acquisitivo nel processo amministrativo.

²¹⁵ R. Villata, Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento, Dir. proc. amm., 1995, 217 ss.

Come acutamente osservato dalla dottrina, la particolare attenzione per l'assetto dei poteri istruttori nel processo deriva dalla natura sostanziale del rapporto tra pubblica amministrazione e privati²¹⁶.

Sulla scorta del dato positivo, segnatamente degli artt. 64, primo comma, e 63, primo comma, deve ritenersi che l'*escamotage* dell'onere del principio di prova sia superfluo, se non in taluni casi addirittura ostativo alla tutela del ricorrente²¹⁷.

Invero, solo ed esclusivamente se gli elementi di prova sono nella disponibilità del ricorrente, quest'ultimo è tenuto ad assolvere all'onere probatorio.

La questione diventa l'individuazione di quali siano gli "*elementi di prova che siano nella loro disponibilità*" (delle parti). Ma, a ben vedere, la disponibilità di un elemento probatorio costituisce *conditio sine qua non* di qualsivoglia onere probatorio.

Gli onere probatori in capo alle parti devono essere filtrati in base al criterio della "vicinanza della prova"²¹⁸.

²¹⁶ C. E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 47 ss.

Per quanto attiene al profilo della statica della ripartizione dell'onere della prova nel processo amministrativo, M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foto it.*, 1967, 19 ss., sostiene che "*sembra indubbio infatti che laddove il cittadino pretende qualcosa, sia esso a dover provare l'esistenza dei fatti che legittimano la sua pretesa, mentre spetterà all'amministrazione di dar la prova dei fatti che ostacolano e fanno venire meno l'aspettativa pretensiva. (...) L'applicazione di questo criterio 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. Ma laddove, il cittadino resiste all'azione positiva dell'amministrazione, la quale immediatamente incide in un diritto di lui o tocca comunque il campo degli interessi materiali che, per così dire, gli pertengono, la situazione appare rovesciata*".

²¹⁷ F. Santangeli, *Evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di introduzione, valutazione ed onere della prova e del principio di prova nel processo civile e nel processo amministrativo di legittimità, Il diritto alle prova – Atti del convegno di Catania, 22-23 novembre 2008, Torino, 2009, 19 ss.*

²¹⁸ Sul criterio di vicinanza della prova, di origine giurisprudenziale si veda *ex multis* Cass., SS.UU., 10.1.2006 n. 141. La Corte di Cassazione ha ripartito il peso della prova facendo espresso riferimento al principio della riferibilità, o vicinanza, o disponibilità del mezzo, principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte Cost. 21 aprile 2000 n. 114).

L'attribuzione di un onere probatorio ad una parte che non è in condizione di assolverlo, non per sua colpa, ma per la eccessiva difficoltà o l'impossibilità di reperimento del materiale istruttorio, significherebbe istituire una *probatio diabolica* che si tradurrebbe, in concreto, in un pregiudizio per la tutela giurisdizionale²¹⁹.

A tal proposito, non può tacersi che il legislatore, a partire dalla l. n. 241/1990, tende ad assegnare alla pubblica amministrazione una posizione diversa rispetto al passato, senz'altro più vicina a quella dei destinatari dei suoi atti.

Tuttavia, nonostante l'evoluzione del rapporto amministrativo, il privato può trovarsi nella condizione di non poter fornire la prova delle sue affermazioni in quanto gli elementi di prova si trovano nella disponibilità dell'amministrazione.

In tal caso, egli non avrà la disponibilità degli elementi di prova, ma tale circostanza non potrebbe a lui essere imputata, dunque, non potrebbe essere in grado *ex se* di penalizzarlo.

Tuttavia, sul piano della tecnica processuale, per le ragioni "equitative" sopraesposte, il legislatore intende comunque consentire ad una parte di servirsi effettivamente delle prove che sono nella disponibilità di un'altra e, dunque, interviene sui poteri acquisitivi d'ufficio del giudice.

Innanzitutto, per esigenze di coerenza sistematica, deve tenersi conto che l'onere della prova è regola istruttorio ma è anche regola di giudizio²²⁰. Si ricorre ad esso per assicurare comunque una pronuncia del giudice anche se non c'è conferma probatoria dei fatti allegati.

²¹⁹ D. Zonno, I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova, in *Giur. di merito*, 2009, 182 ss.

²²⁰ S. Patti, Prove, disposizioni generali, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Bologna, 1987, 2 ss., evidenzia che, in base ad una interpretazione sistematica, la disposizione dell'art. 2697 c.c. presenta una duplice funzione; in primo luogo ripartisce l'onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento delle loro pretese, al fine di fornire al giudice gli elementi di decisione relativamente alla questione di fatto; inoltre consente al giudice di emettere in ogni caso una pronuncia di accoglimento o di rigetto della domanda, pur quando, cioè, nonostante l'attività probatoria svolta dalle parti – oppure in sua mancanza – egli sia rimasto nel dubbio circa la verità dei fatti.

Sulla pluralità di funzioni dell'onere delle prova si veda, inoltre, A. Degli Esposti, *Appunti sull'istruttorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 281 ss.

Se si ammette che il giudice possa intervenire in tal senso, manipolando l'onere della prova, si ritiene possibile che l'organo giudicante sia in grado in un qualche modo di condizionare gli esiti del giudizio.

La dottrina più avvertita ha evidenziato che il pericolo della manipolazione degli oneri probatori nel processo amministrativo non è scongiurato, ma *“a quanto sembra, anche dopo la codificazione residua spazio per un siffatto potere officioso, sicché resta da chiedersi se possa giustificarsene l'esercizio”*.

In definitiva, a seguito dell'emanazione del codice del processo amministrativo, deve sostenersi che la ripartizione degli oneri in capo alle parti è ispirata al c.d. principio dell'onere della prova, ai sensi dell'art. 64, primo comma, c.p.c. con la peculiarità del limite espresso della *“disponibilità degli elementi di prova”*.

Orbene, le caratteristiche peculiari del processo amministrativo e la sostanziale della disparità di posizione tra pubblica amministrazione hanno sempre giustificato l'attribuzione di poteri istruttori officiosi, grazie ai quali tutelare la parte debole, che non aveva la disponibilità della prova.

L'attribuzione dei poteri acquisitivi officiosi al giudice, tuttavia, non deve comportare una manipolazione dell'onere della prova.

Tale circostanza è imposta dall'*incipit* dell'art. 63, primo comma, c.p.a. Il giudice, in base alle disposizioni relative ai singoli mezzi di prova, deve disporre d'ufficio l'acquisizione di elementi probatori nel rispetto della ripartizione degli oneri probatori. Ciò accade quando una parte che dovrebbe offrire la prova di un fatto non ha (perché non può avere) la disponibilità degli elementi di prova; dunque, seppure in linea teorica, quest'ultima rappresenta la parte onerata, in concreto tale onere non sussiste. Pertanto, in tali ipotesi, gli ordini istruttori del giudice rivolti all'amministrazione non mettono in discussione la ripartizione degli oneri probatori, ma assolvono ad una funzione diversa.

Come se vi fosse un margine di intervento d'ufficio del giudice nel momento in cui non si possa validamente attribuire ad una parte l'onere probatorio in quanto tecnicamente la parte non ha (perché non può avere) la disponibilità degli elementi di prova.

A tal proposito, si rende necessario indagare, innanzitutto, la *ratio* dei poteri acquisitivi del giudice nel processo amministrativo, il cui esercizio intercetta e soddisfa le esigenze di tutela della parte più debole che non è in grado di fornire autonomamente la prova di un fatto di cui intende avvalersi in giudizio²²¹.

7. L'istruzione e la verità nel processo. La funzione della prova giudiziaria e la giustificazione dei poteri acquisitivi d'ufficio del giudice.

La conoscenza dei fatti è essenziale affinché il giudice possa decidere.

Grazie all'espletamento della suddetta fase, vengono raccolti i dati che consentono di accertare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti oggetto del giudizio, o per meglio dire la veridicità o la falsità delle proposizioni assertive delle parti.

Si tratta di una fase fondamentale del processo sia per il giudice sia per le parti nella quale si opera la "saldatura" tra il processo e la realtà materiale.

L'obiettivo è quello di accertare la veridicità delle premesse fattuali sulla scorta delle quali le parti invocano la produzione di determinate conseguenze giuridiche.

Non è detto che l'istruttoria processuale sia sempre idonea a condurre alla verifica dell'esistenza dei fatti storici realmente accaduti. Tale circostanza dipende dalla tecnica del processo.

La funzione principale della prova giudiziaria si pone in relazione all'accertamento della verità nel processo. La dottrina a lungo ha dibattuto sulla natura della verità che deve essere acclarata nel processo.

²²¹ F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, Dir. e proc. amm., 2013, 114 ss., ha osservato che "*il problema del rapporto tra onere della prova e potere acquisitivo del giudice amministrativo non può essere risolto sic et simpliciter temperando il principio dispositivo mediante un'oculata applicazione del criterio della "vicinanza della prova". (...) Una trattazione dei poteri istruttori e di accertamento del giudice amministrativo non può prescindere dalle peculiarità che innegabilmente caratterizzano questo tipo di processo. (...) Ecco allora che la naturale finalizzazione del processo al raggiungimento di una decisione giusta, ad impedire che la determinazione della realtà processuale possa essere demandata in via esclusiva alle parti e a giustificare quindi l'attribuzione al giudice di un potere acquisitivo (...) così da garantire che l'attività da esso svolta sia finalizzata alla scoperta della verità*".

In taluni casi, è stato sostenuto che, essendo la verità soltanto assoluta e attesa l'impossibilità di accertare la verità assoluta nel processo, la verità non potesse essere accertata nel processo.

Si tratta della posizione e del pensiero di colui che potrebbe definirsi come "l'assolutista deluso"²²².

Invero, la tesi che nega la possibilità di ricercare la verità nel processo si fonda su un equivoco concettuale di fondo dal momento che la verità non è assoluta e lo è ancor meno nel processo.

Invero, la verità dei fatti che può essere indagata nel processo è confermata e allo stesso tempo limitata dalle prove che permettono di accertarla.

La verità processuale è una verità relativa alla stregua di ogni verità che possa essere indagata in altri contesti. Si tratta di una verità contestualizzata al processo e agli elementi e alle prove che emergono e che vengono acquisiti nel processo su iniziativa delle parti e ad opera del giudice.

La verità processuale, ancorché debole, assolve ad una funzione nobile.

Occorre tener presente che la verità processuale può essere conseguita mediante l'utilizzo di strumenti e tecniche diversi a seconda del modello processuale di cui si tratta.

L'accertamento dei fatti avviene mediante le prove, che tecnicamente sono strumenti di rappresentazione e di accertamento di determinati fatti che si assumono dalle parti come storicamente accaduti, in grado di fondare o comunque di influire sul convincimento del giudice.

La nozione di "prova" si distingue da quella di "mezzo di prova" che, invece, individua lo strumento che consente l'acquisizione al processo della prova.

Effettuata una valutazione sulla rilevanza e sull'ammissibilità delle richieste istruttorie formulate dalle parti, il giudice provvede all'acquisizione dei mezzi di prova richiesti dalle parti; ove possibile, può intraprendere iniziative istruttorie d'ufficio.

²²² M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 58 ss.

Sussiste una stretta relazione tra l'istruzione processuale e la decisione finale. L'introduzione di uno strumento probatorio o l'acquisizione di una prova al processo da parte del giudice sono vicende idonee ad incidere sul risultato del processo e sul contenuto della pronuncia finale.

Orbene, deve ritenersi che nel processo la ricerca della verità rappresenti un fine da perseguire e non può essere affidata solo all'iniziativa delle parti ma, entro certi limiti e a determinate condizioni, deve essere consentita anche al giudice d'ufficio.

Il limite, come osservato nel paragrafo precedente, deve essere rappresentato dal rispetto della ripartizione degli oneri probatori in capo alle parti del processo.

Nel processo amministrativo, ciò è ancora più evidente e necessario. La dottrina ha sottolineato che *“il fatto è sempre costituito dall'incontro (o dallo scontro) tra un'attività di una pubblica amministrazione intesa al perseguimento di un interesse pubblico e una situazione giuridica corrispondente a un interesse di un soggetto privato”*²²³.

Il giudice, pertanto, non può limitarsi ad una mera applicazione dell'onere della prova, ma deve attivarsi quando ciò è gli consentito dalle legge.

8. Il dovere del giudice di esercitare poteri istruttori

La difficoltà maggiore che deriva dall'impianto normativo introdotto dal codice del processo amministrativo è quella relativa all'individuazione di regole certe volte a disciplinare l'intervento probatorio officioso del giudice²²⁴.

Invero, il legislatore, nel descrivere l'iniziativa probatoria del giudice, utilizza quasi sempre l'espressione *“può”*.

²²³ R. Greco, L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it. Si veda anche V. Cerulli Irelli, Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo), in Dir. proc. amm., 2012, 501 ss.

²²⁴ F. Saitta, Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione, Dir. e proc. amm., 2013, 128 ss.

Orbene, in ossequio al principio del giusto processo ex art. 11 Cost., il legislatore deve predeterminare tempi e modalità di esercizio dei poteri del giudice²²⁵. Tale determinazione deve essere rigida, soprattutto nell'ipotesi di poteri del giudice che sono in grado di incidere sulla decisione, come quelli probatori.

In passato, la dottrina e la giurisprudenza sostenevano la tesi della "natura discrezionale" dei poteri istruttori del giudice²²⁶.

Orbene, si consideri la situazione nella quale il giudice può trovarsi dinanzi all'opzione se acquisire d'ufficio elementi di prova.

Nel rispetto dell'assolvimento degli oneri probatori delle parti, il giudice potrebbe ravvisare l'esistenza di una prova rilevante, emergente dagli atti di causa, che consentirebbe l'accertamento della verità. Orbene, in tal caso, se la legge attribuisce al giudice poteri istruttori relativamente alla disposizione di quel particolare mezzo di prova, il giudice – valutata soltanto la rilevanza della prova – deve disporre l'acquisizione²²⁷.

La tesi della natura discrezionale del potere del giudice è stata abbandonata²²⁸.

Sul tema, è intervenuta una importante pronuncia della Corte di Cassazione, n. 11353 del 17.06.2005, che con riferimento al rito del lavoro, ha affermato che *“è caratteristica precipua del detto rito speciale il contemperamento del principio dispositivo con la esigenze della ricerca della verità materiale di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi e fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare*

²²⁵ A. Proto Pisani, Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile, in Foro it., 2000, V, 241 ss.; Fabbrini, Voce Potere del giudice, Enc. Dir., Milano, 1985, 721 ss.

²²⁶ M. Taruffo, La prova nel processo civile, op. cit., Milano, 2012, 130 ss.

²²⁷ In questi termini, M. Taruffo, La prova nel processo civile, op. cit., Milano, 2012, 130 ss.

²²⁸ M. Taruffo, La prova nel processo civile, op. cit., Milano, 2012, 130 ss.

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

Orbene, nel rito del lavoro, l'art. 421 c.p.c., secondo comma, c.p.c. prevede che il giudice può “disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile”.

Nel codice del processo amministrativo non vi è una disposizione di tale portata. Tuttavia, deve ritenersi che l'affermazione della doverosità dell'esercizio dei poteri istruttori del giudice, previa valutazione della rilevanza della prova e nel rispetto del principio dell'onere della prova, debba considerarsi valida anche nel processo amministrativo.

9. I poteri istruttori del giudice secondo il codice del processo amministrativo.

Nel processo amministrativo, “fermo restando l'onere della prova in capo alle parti”, occorre verificare le modalità di esercizio dei poteri istruttori del giudice.

Rispetto ai singoli mezzi di prova, infatti, il giudice può assumerne l'iniziativa probatoria o può limitarsi all'ammissione e all'introduzione in giudizio²²⁹ del mezzo di prova.

Il codice del processo amministrativo descrive alcune iniziative istruttorie del giudice amministrativo e precisa i termini e le modalità dell'istruttoria presidenziale e di quella collegiale.

Inoltre, prevede una norma di chiusura, vale a dire l'art. 63, quinto comma, c.p.a. secondo il quale “il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento”.

Verranno analizzate le singole fattispecie, con particolare attenzione all'interferenza tra le iniziative delle parti e l'attività istruttoria del giudice. In

²²⁹ Sui profili di doverosità o meno di esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo 8.

relazione ai singoli mezzi di prova, verranno esaminate anche le modalità e i termini della relativa assunzione in giudizio.

Le norme di riferimento sono gli artt. 63-69 c.p.a., recanti la disciplina dei singoli mezzi di prova e quella dell'ammissione e assunzione delle prove²³⁰.

a) Acquisizione di chiarimenti e/o informazioni e l'ordine di esibizione di documenti

Il codice del processo amministrativo stabilisce che, fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice amministrativo può chiedere alle parti chiarimenti e documenti, anche d'ufficio (art. 63, primo comma); inoltre, è stato previsto che il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione (art. 64, terzo comma); infine, si tenga presente che, ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'articolo 46, il presidente o un magistrato da lui delegato ovvero il collegio ordina, anche su istanza di parte, l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni. (art. 65, terzo comma).

Nella prima disposizione, il potere del giudice di chiedere alle parti chiarimenti e documenti, da un lato, viene subordinato espressamente al rispetto del principio dell'onere della prova in capo alle parti e, dall'altro, viene precisato che può essere esercitato anche d'ufficio²³¹.

²³⁰ Ex multis, per il commento agli artt. 63-67 c.p.a. si veda F. G. Scoca, Mezzi di prova e attività istruttoria, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 535 ss.

²³¹ La dottrina ritiene che la richiesta di chiarimenti sia da considerarsi analoga alla richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 213 c.p.c. Dunque, la predetta richiesta dovrebbe avere ad oggetto non atti e documenti ma informazioni relativi ad essi. Sul tema, si veda, G. D'Angelo, L'istruttoria, in Foro it., 2010, 219; a. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2010, 272 ss.; N. Di Modugno, Le prova, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), Commento al codice del processo amministrativo, Torino, 2012, 611 ss.

Tra le innovazioni rispetto alla disciplina pregressa va segnalato che il potere del giudice di chiedere chiarimenti e documenti non si esplica solo nei confronti dell'amministrazione ma di tutte le parti²³².

La seconda disposizione, invece, nel ribadire la previsione dell'iniziativa officiosa del giudice, stabilisce che quest'ultimo può disporre l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere, che siano nella disponibilità dell'amministrazione; dunque, è una norma che si pone in un rapporto di "species" a "genus" rispetto a quella precedente, in quanto, ai sensi dell'art. 64, terzo comma, il legislatore subordina l'esercizio dei poteri di richiesta di informazioni e di acquisizione documentale ai requisiti dell'utilità dei documenti e della disponibilità della pubblica amministrazione, individuando, in tal caso, quale destinataria dell'ordine istruttorio del giudice solo l'amministrazione²³³.

Non vi è espresso riferimento all'onere della prova delle parti, ma questo deve ritenersi sottinteso per ragioni di coerenza sistematica; d'altronde, la disposizione in parola è inserita nell'articolo che afferma il principio dell'onere della prova nel processo amministrativo.

Infine, è sancito espressamente il potere del giudice di chiedere l'esibizione in giudizio del provvedimento impugnato e degli atti in esso

²³² G. Leone, Commento agli artt. 63 ss., in G. Leone, L. Maruotti, C. Martelli (a cura di), Codice del processo amministrativo, Padova, 2010, 593. Da ciò ne consegue anche che i chiarimenti possono essere resi in forma orale (N. Di Modugno, Le prova, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), Commento al codice del processo amministrativo, Torino, 2012, 612 ss.), sebbene il passato la dottrina lo escludesse.

A. Andreani, L'istruzione nel processo davanti ai tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive, in Dir. proc. amm., 1985, 479 ss., ha individuato tre categorie di chiarimenti: i "chiarimenti semplici", che prevedono il deposito di una relazione scritta, i "chiarimenti documentati" che comportano l'esibizione di nuovi documenti richiesti dal giudice e i "chiarimenti complessi" che implicano una compiuta esposizione dei fatti e l'illustrazione di elementi tecnici.

²³³ A tal proposito, in dottrina, G. D'Angelo, L'istruttoria, in Foro it., 2010, 218, ha osservato che "rispetto all'art. 64, terzo comma (acquisizione di informazioni e documenti), non convince né la collocazione (nei principi invece che nei mezzi istruttori) né la sostanziale duplicazione rispetto ai chiarimenti o documenti di cui al primo comma dell'art. 63 con la sola specificazione, già evidenziata con favore, sull'acquisizione d'ufficio del giudice solo se si tratti di informazioni o documenti nella disponibilità dell'amministrazione".

richiamati, anche su istanza di parte, qualora l'amministrazione non vi abbia spontaneamente provveduto (art. 65, terzo comma).

Orbene, il potere del giudice di chiedere alle parti chiarimenti, informazioni e di ordinare l'esibizione di documenti è disciplinato in maniera disorganica.

Il legislatore avrebbe fatto meglio ad indicare singolarmente i limiti positivi e negativi dell'esercizio dei poteri istruttori del giudice relativamente alla richiesta di chiarimenti, a quella di informazioni e all'ordine di esibizione dei documenti.

Si tratta di poteri istruttori che si riferiscono a fonti di prova differenti, vale a dire le informazioni, i chiarimenti e i documenti.

Il quadro normativo di riferimento, invece, non si contraddistingue per chiarezza.

In ogni caso, in via interpretativa, occorre precisare, innanzitutto, quali siano i "limiti negativi" che il giudice non può valicare nel momento in cui chiede ad una parte un chiarimento, un'informazione o un documento, salvo poi verificare la sussistenza di criteri ("limiti positivi") che orientino il giudice nell'esercizio dei suoi poteri di richiesta e di acquisizione di chiarimenti, informazioni, documenti.

Innanzitutto, può sostenersi che i poteri del giudice di richiesta di informazioni o di chiarimenti e quelli di acquisizione di documenti descritti dagli art. 63, primo comma, e dall'art. 64, terzo comma, sono accumulati da due presupposti: la possibilità che l'iniziativa istruttoria sia officiosa e il rispetto degli oneri probatori in capo alle parti.

I due presupposti sembrerebbero inconciliabili. Si pone la questione di coordinare l'iniziativa probatoria d'ufficio da parte del giudice e la necessità che la stessa non vada ad alterare la ripartizione degli oneri probatori in capo alle parti ex art. 2967 c.c.

Orbene, da una parte, è inconfutabile che le norme contenute nel codice del processo amministrativo attribuiscono al giudice il potere di iniziativa

officiosa per quanto riguarda la richiesta alle parti di chiarimenti e informazioni e l'acquisizione di documenti.

Il dato letterale depone in tal senso, quando specifica “*anche d’ufficio*” sia all’art. 63, primo comma, c.p.a. sia all’art. 64, terzo comma. Nell’art. 65, terzo comma, c.p.a., invece, l’istanza di parte costituisce l’eccezione, atteso che viene specificato “*anche su istanza di parte*”. Dunque, nei predetti casi, il giudice può attivarsi anche senza la sollecitazione delle parti.

Dall’altra parte, tuttavia, è fondamentale che la predetta iniziativa non si traduca in un’alterazione della ripartizione dell’onere della prova in capo alle parti.

Il principio dell’onere della prova rappresenta un limite al potere di iniziativa probatoria del giudice.

Pertanto, può verificarsi che, in caso di mancata produzione di un documento da parte dell’amministrazione, che aveva l’onere probatorio di fornire, il giudice non decida automaticamente in senso ad essa sfavorevole ma possa preventivamente esercitare il suo potere acquisitivo d’ufficio; tuttavia, se l’amministrazione rimane inerte è evidente che troverà applicazione la regola di giudizio dell’art. 64, primo comma, c.p.a., se si tratta di un documento che l’amministrazione doveva produrre in giudizio per assolvere ad un suo onere probatorio²³⁴.

Viceversa, se quel documento rappresenta un elemento di prova che, in linea teorica, il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare in giudizio ma di cui non ha (e non potrebbe in alcun modo avere) la disponibilità, il giudice può ordinare all’amministrazione l’esibizione senza che ciò determini modifiche la ripartizione degli oneri probatori. Infatti, in tal caso, non sussiste l’onere probatorio in capo al privato ma trova applicazione il criterio selettivo della vicinanza della prova e, dal canto suo, il giudice, in virtù dei poteri acquisitivi conferitigli per le ragioni esposte nel paragrafo precedente, può ordinarne l’esibizione da parte dell’amministrazione che detiene il documento.

²³⁴ Tar Lombardia, Milano, III, 2.12.2011 n. 3099.

In altri termini, il giudice può sollecitare l'attività istruttoria delle parti ma non può sollevare una parte dall'onere probatorio e addossarlo ad un'altra.

b) l'ordine di esibizione di documenti “anche ai terzi”

L'art. 63, secondo comma, c.p.a. sancisce che il giudice, anche d'ufficio, può ordinare anche a terzi di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario, secondo il disposto degli articoli 210 e seguenti del codice di procedura civile.

Inoltre, è previsto il potere del giudice di disporre l'ispezione ai sensi dell'art. 118 c.p.c.²³⁵

Va osservato che la norma prevede che l'ordine di esibizione possa rivolgersi “anche ai terzi”.

Orbene, la congiunzione “anche” sottintende che l'ordine di esibizione del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. possa rivolgersi alle parti e “anche ai terzi”.

Si tratta di un mezzo di acquisizione che era già previsto nella disciplina del processo amministrativo anteriore al codice (art. 21, settimo comma, l. 1054/1971).

L'art. 210 c.p.c. stabilisce che *“negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118, l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Nell'ordinare l'esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell'esibizione. Se l'esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposto l'istanza di esibizione”*.

La peculiarità dell'ordine di esibizione dei documenti ai sensi dell'art. 63, secondo comma, c.p.a. rispetto a quello del codice di procedura civile è

²³⁵ Sull'ispezione nel processo amministrativo si veda N. Di Modugno, *Le prova*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Commento al codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 613 ss.

rappresentata dal fatto che nel processo amministrativo il predetto ordine può essere disposto dal giudice non solo su istanza di parte ma anche d'ufficio.

La predetta circostanza rappresenta senza dubbio l'aspetto più problematico dell'istituto e pone diversi problemi applicativi, la cui soluzione non può prescindere da un'analisi dell'ordine di ispezione ai sensi dell'art. 210 c.p.c.

L'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. è uno strumento istruttorio residuale, utilizzabile soltanto quando la prova del fatto non sia acquisibile *aliunde* e l'iniziativa non presenti finalità meramente esplorative, vale a dire non sia diretta a indagare se il documento contenga la prova stessa²³⁶.

Inoltre, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, l'istanza di esibizione ex art. 210 c.p.c. è inammissibile quando abbia a oggetto documenti direttamente accessibili alla parte istante, vale a dire documenti che la parte - nel diligente assolvimento dell'onere probatorio su di essa gravante - avrebbe potuto e dovuto acquisire e, quindi, allegare agli atti di causa. In particolare, costituisce *ius receptum* il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "non può essere ordinata, in relazione al disposto dell'art. 210 c.p.c., l'esibizione in giudizio di un documento di una parte o di un terzo, allorquando l'interessato può di propria iniziativa acquisirne una copia e produrla in causa"²³⁷.

In altri termini, l'ordine di esibizione ex art. 210 del codice di procedura civile non può supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante²³⁸.

Inoltre, la giurisprudenza prevalente sostiene che l'ordine di esibizione di documenti previsto dall'art. 210 cod. proc. civ., è provvedimento discrezionale del giudice di merito (censurabile, come tale, in sede di legittimità solo per vizio di motivazione), riguarda, quindi, "*documenti che siano specificamente indicati*

²³⁶ Cass. 14 luglio 2004, n. 12997; Tribunale Nocera Inferiore, sez. II, dott.ssa O. Crespi, 29.01.2013.

²³⁷ Tribunale Nocera Inferiore, sez. II, dott.ssa O. Crespi, 29.01.2013.

²³⁸ Cass. N 17948 del 08/08/2006; Cass. n. 10043/2004; Cass. n. 5908/2004; Cass. n. 13072/2003; Cass. n. 12782/2003; Cass. n. 10916/2003; Cass. n. 149/2003; Cass. n. 4363/1997; Cass. n. 4907/1988.

*dalla parte che ne abbia fatto istanza, dei quali sia noto, o almeno assertivamente indicato, un preciso contenuto, influente per la decisione della causa, che come tali risultino indispensabili al fine della prova dei fatti controversi, che concernano fatti o elementi la cui prova non sia acquisibile aliunde*²³⁹”.

L'ordine di esibizione presuppone il necessario requisito della specificità: tale ordine, infatti, può essere adottato solo con riferimento ad atti specificamente individuati dall'istante, dei quali sia noto od almeno assertivamente indicato un preciso contenuto, influente per la decisione della causa, ed in ogni caso soltanto se la prova dei fatti allegati non possa raggiungersi altrimenti²⁴⁰.

Nel processo amministrativo si pone la questione dei presupposti in presenza dei quali il giudice può provvedere ai sensi dell'art. 63, secondo comma, c.p.a., considerando il riconoscimento *ex lege* di potersi attivare d'ufficio.

Orbene, in assenza di indicazioni legislative, deve ritenersi che anche l'esercizio del predetto potere di acquisizione documentale da parte del giudice debba avvenire in via residuale e nel rispetto del principio dell'onere della prova.

c) La prova testimoniale

L'art. 63, terzo comma, c.p.a. stabilisce che “*su istanza di parte il giudice può ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile*”.

L'introduzione della prova testimoniale nel processo amministrativo rappresenta una innovazione di rilievo. Tuttavia, il legislatore ha circoscritto l'ammissibilità della prova testimoniale solo alla forma scritta in base alle norme del codice di procedura civile²⁴¹.

²³⁹ Cass. n. 10043/2004; Cass. n. 5908/2004; Cass. n. 13072/2003; Cass. n. 12782/2003; Cass. n. 10916/2003; Cass. n. 149/2003; Cass. n. 4363/1997; Cass. n. 4907/1988.

²⁴⁰ Tribunale Torino, 15.06.2007

²⁴¹ G. D'Angelo, L'istruttoria, in Foro it., 2010, 220, parla di “*scelta ambigua in quando la prova testimoniale risulta ammessa. Ma viene subito precisato che deve essere sempre assunta in forma scritta*”.

La prova testimoniale scritta è disciplinata dall'art. 257 bis c.p.c. secondo il quale *“il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato”*.

La dottrina si è interrogata sull'operatività nel processo amministrativo della disciplina prevista dal c.p.c. per l'ammissione e l'espletamento della prova testimoniale scritta, in particolare per quanto riguarda la necessità dell'accordo delle parti e la possibilità per il giudice di disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato.

Nel processo amministrativo, l'unica forma di prova testimoniale ammessa è quella scritta. Dunque, dovrebbe escludersi la possibilità per il giudice di “convertire” la prova testimoniale scritta in forma orale. Tale conclusione sembra rafforzata dal dettato normativo allorché specifica che la prova testimoniale è sempre assunta in forma scritta²⁴².

Per quanto riguarda il requisito dell'accordo tra le parti, si è osservato che *“da un lato, la prova testimoniale può essere ammessa dal giudice su istanza di parte, dall'altro, sulla richiesta di procedere all'acquisizione della testimonianza scritta potrebbe abbattersi il rifiuto dell'altra parte ai sensi dell'art. 257 bis c.p.c. con la conseguenza che vi sarebbe il rigetto dell'istanza; in tal senso la prova testimoniale verrebbe rimessa al consenso della controparte e ciò comporterebbe una violazione patente dell'art. 111 Cost.”*²⁴³

Orbene, è inevitabile affermare che la soluzione scelta dal codice del processo amministrativo solleva dubbi e perplessità²⁴⁴.

²⁴² F. G. Scoca, Commento all'art. 63 c.p.a., in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 535 ss. sostiene, invece, l'opportunità di ammettere la testimonianza orale “se si vuol dare alla prova testimoniale il rilievo che merita” benché l'intenzione sottesa alla formulazione dell'art. 63 c.p.a. è sicuramente da individuare nella volontà di evitare testimonianze orali.

²⁴³ G. D'Angelo, L'istruttoria, in Foro it., 2010, 220.

²⁴⁴ G. D'Angelo, L'istruttoria, in Foro it., 2010, 220.

d) Verificazione e consulenza tecnica

L'art. 63, terzo comma, c.p.a. stabilisce che *“qualora (il giudice) reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verificazione ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica”*.

Il procedimento di verificazione e quello relativo all'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati rispettivamente nell'art. 66 c.p.a. e nell'art. 67 c.p.a.

Con riferimento al procedimento istruttorio della verificazione è stato espressamente previsto che il soggetto verificatore non fa più parte dell'amministrazione costituita in giudizio in quanto la verificazione deve essere affidata ad un organismo pubblico, estraneo alle parti del giudizio, munito di specifiche competenze tecniche (art. 19, secondo comma, c.p.a.).

La verificazione si differenzia dalla consulenza tecnica d'ufficio per essere rivolta all'effettuazione di un mero accertamento tecnico di natura non valutativa, e non anche all'acquisizione di un giudizio tecnico²⁴⁵.

La previsione, da parte del Codice, della consulenza tecnica non rappresenta una novità nel processo amministrativo, essendo stata introdotta, per la giurisdizione di legittimità, dall'art. 16 legge n. 205 del 2000²⁴⁶.

La consulenza tecnica d'ufficio è un mezzo istruttorio e non una prova²⁴⁷.

²⁴⁵ Cons. Stato, IV, n. 138/2010; n. 6447/2007 e n. 881/2007; Consiglio di Stato, IV, 30.09.2013 n. 4837.

²⁴⁶ Sulla consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo prima dell'emanazione del codice si vedano L. BAGAROTTO, Posizioni giuridiche soggettive e mezzi di prova nei giudizi amministrativi, Cons. Stato 1999, II, 289; F. Cintioli, Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, in Cons. Stato, 2000, II, 2371 ss.; F. Auletta, In tema di consulenza tecnica nel giudizio davanti al tribunale amministrativo regionale, in Giust. civ. 2001, 2244 ss; L. Ieva, La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo, in Trib. amm. reg., 2001, II, 241 ss; F. CINTIOLI, Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza, Milano, 2002, 707 ss. e in particolare 724-725; E. CARACCIULO LA GROTTIERIA, Osservazioni sull'applicazione della consulenza tecnica di ufficio nel processo amministrativo, Foro amm. CDS 2004, I, 147; CINTIOLI F., Giudice amministrativo, tecnica e mercato – poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”, Milano, 2005; M. A. Sandulli, La consulenza tecnica d'ufficio, in Foro amm., Tar, 2008, 3533 ss.

Essa può essere disposta dal giudice quando è necessario misurare determinati elementi o fatti di causa con metodi scientifici, fisici, o tecnici; in tali casi la relazione del consulente tecnico d'ufficio si pone sul piano dell'integrazione delle prove allegate dalle parti (c.d. consulenza deducente); oppure quando il giudice non è in grado di formarsi un proprio convincimento utilizzando gli elementi di prova acquisiti, per cui è necessario accertare o apprezzare l'esistenza, l'entità o la rilevanza di un dato o di fatto mediante l'uso di specifiche conoscenze anche di carattere extrascientifico (c.d. consulenza percipiente).

Se in generale le conclusioni di una consulenza deducente sono valutabili dal giudice con riferimento alla coerenza ai quesiti, alla pertinenza ai fatti oggetto dell'indagine, alla corretta applicazione delle regole tecniche o economiche, quelle concernenti invece la consulenza percipiente possono essere respinte qualora appaiono inficiate da macroscopici vizi logici del processo valutativo, all'irrazionalità delle conclusioni, ovvero in caso di macroscopici eventuali errori materiali, e a tal fine il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, deve procedere ad una valutazione necessariamente unitaria, tenendo conto degli elementi che possano indurre a ritenere eventualmente inattendibili le valutazioni effettuate²⁴⁸.

Il legislatore ha previsto che la consulenza tecnica d'ufficio sia disposta “*solo se indispensabile*”.

Deve osservarsi che in un contesto di assoluta carenza probatoria, l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio cesserebbe di svolgere la funzione sua propria di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi già acquisiti al processo, per svolgere quella, estranea alle regole processuali, di esplorare *ex novo* la sussistenza di elementi, fatti o circostanze non provati in

²⁴⁷ Cass., 20.06.2000 n. 8395.

²⁴⁸ Consiglio di Stato, IV, 17.09.2013 n. 4624.

giudizio, così supplendo alla deficienza delle allegazioni difensive della parte interessata²⁴⁹.

Il codice del processo amministrativo ha affidato alla esclusiva competenza del Collegio il potere di disporre l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio e della verifica.

e) Gli altri mezzi di prova

Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento²⁵⁰.

Si tratta di una norma di chiusura, che consente di richiamare nel processo amministrativo tutti i mezzi di prova esperibili in quello civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento.

Orbene, il rinvio espresso al codice di procedura civile, in teoria, amplia il ventaglio di strumenti probatori di cui il giudice amministrativo può disporre.

Tale previsione si inserisce nel processo di progressivo avvicinamento della disciplina dell'istruzione processuale del processo amministrativo con quella del processo civile.

La *ratio* va senz'altro ravvisata nella necessità di assicurare al giudice amministrativo la stessa capacità di accesso al fatto rispetto al giudice civile, coerentemente alla graduale trasformazione del processo amministrativo da processo sull'atto a processo sul rapporto.

²⁴⁹ In giurisprudenza, Cassazione civile, Sez. III, 19 aprile 2011, n. 8989, in Giust. civ. Mass., 2011, 4, 632; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 27 luglio 2011, n. 52, in Foro amm.-TAR, 2011, 7-8, 2208; T.A.R. sez. I Torino, Piemonte, 10.05.2013 n. 598. Sul tema, si veda, G. D'ANGELO, La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi, in Foro amm.-TAR, 2005, 579, ss.

²⁵⁰ Parla di "tradizione monolitica" nell'escludere questi due mezzi di prova F. G. Scoca, Commento all'art. 63 c.p.a, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 545 ss. . Invero, non si è mai dubitato di tale esclusione anche nel processo amministrativo, così riferisce A. M. Sandulli, Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati, Napoli, 1963, 386 ss.

Le uniche eccezioni sono rappresentate dal giuramento e dall'interrogatorio formale che, in quanto prove legali, continuano ad essere ritenute inammissibile nel processo amministrativo.

Le ragioni storiche della predetta esclusione risiedono nella incompatibilità delle prove legali con il metodo acquisitivo e in quella con il libero convincimento del giudice.

Orbene, parte della dottrina ha tentato di mettere in discussione l'esclusione delle prove legali nel processo amministrativo, in quanto, sulla scorta delle disposizioni del Codice, sarebbero venute meno le argomentazioni giustificative di tale esclusione.

La dottrina ha osservato, innanzitutto, che il principio del libero convincimento è da considerarsi superato da quello del "prudente apprezzamento" del giudice, che non contraddice minimamente l'ammissione delle prove legali nel processo²⁵¹.

Inoltre, con riguardo al giuramento, si era soliti escluderne l'ammissione in quanto non poteva essere utilizzato se l'oggetto del giudizio fosse stato "indisponibile".

Orbene, diversi fattori suggeriscono il superamento di questa impostazione, dall'affermazione del principio di non contestazione nel processo amministrativo, all'utilizzo delle presunzioni legali e al valore dell'atto pubblico come prova legale.

La stessa dottrina, inoltre, non vede ostacoli all'ammissibilità della confessione spontanea, se a renderla è il titolare di diritti soggettivi o interessi legittimi (possono sorgere dubbi solo se la confessione provenga dall'amministrazione)²⁵².

²⁵¹ F. G. Scoca, Commento all'art. 63 c.p.a, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 545-546.

²⁵² F. G. Scoca, Commento all'art. 63 c.p.a, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 545 ss.

CAPITOLO TERZO

LA NON CONTESTAZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Premessa

Una volta individuati i poteri istruttori del giudice esercitabili d'ufficio, occorre individuarne l'oggetto, vale a dire quali sono i fatti rispetto ai quali il giudice può esercitare i predetti poteri.

La natura di giurisdizione soggettiva del processo amministrativo esclude che il giudice possa esaminare fatti diversi da quelli introdotti in giudizio ad opera delle parti. Pertanto, i poteri istruttori del giudice al massimo potranno avere ad oggetto i fatti allegati dalle parti in giudizio.

Invero, l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice amministrativo è condizionato anche dal fenomeno della non contestazione che – come vedremo – ne costituisce un ulteriore limite.

A tal proposito, occorre indagare i meccanismi di operatività del c.d. “principio di non contestazione”.

Dopo un lungo percorso di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, il suddetto principio è stato riconosciuto a livello normativo nell'ordinamento processuale civile. Infatti, a seguito della riforma del processo civile, introdotta con la l. n. 69 del 18.06.2009, l'art. 115 c.p.c. sancisce che “il giudice deve porre a fondamento della decisione i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita”.

Successivamente, tale previsione è stata recepita anche all'interno del codice del processo amministrativo dall'art. 64 - che sostanzialmente riproduce la disposizione contenuta nell'art. 115 c.p.c.-, nel Titolo II, Libro secondo, dedicato ai mezzi di prova e all'attività istruttoria.

Dunque, il c.d. principio di non contestazione, emerso nell'ambito del processo civile, ha trovato ingresso anche in quello amministrativo.

A tal proposito, l'indagine intende verificare le conseguenze dell'introduzione del predetto principio nella disciplina dell'istruzione del

processo amministrativo, tradizionalmente caratterizzata dal c.d. “sistema dispositivo con metodo acquisitivo”.

In particolare, l’obiettivo della ricerca è quello di ricostruire la relazione esistente tra le conseguenze della mancata contestazione dei fatti ad opera delle parti costituite, ai sensi dell’art. 64 c.p.a., e la distribuzione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti nel processo.

Il presente capitolo si articola in due sezioni: la prima è dedicata alla ricostruzione delle origini della “non contestazione” nel processo amministrativo; la seconda, invece, ha ad oggetto le coordinate ricostruttive del fenomeno della mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati ad opera delle parti costituite.

SEZIONE PRIMA

LE ORIGINI DELLA “NON CONTESTAZIONE” NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Le radici storiche della “non contestazione” e il dovere dell’intimato di comparire e di partecipare al processo. L’originaria connotazione sostanziale della “non contestazione” nel processo. 2. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo: l’indagine sulla rilevanza della “non contestazione” nel processo civile sotto la vigenza del Codice del 1865 e la difficoltà di un’applicazione generalizzata del principio di “non contestazione”; gli esiti della suddetta indagine nel processo amministrativo. 3. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo civile: l’entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940 e la successiva elaborazione del “principio di non contestazione” da parte della giurisprudenza e della dottrina. a) La non contestazione come precipitato del principio della domanda (o principio dispositivo sostanziale). b) La non contestazione come *atto di rilevanza processuale di non allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall’avversario* avente la funzione di escludere i fatti non contestati dal *thema probandum*. c) La mancata contestazione dei fatti in giudizio come comportamento valutabile ex art. 116 c.p.c. d) La rivalutazione della nozione “assertiva” della contestazione nel processo. Critica. e) Gli orientamenti della giurisprudenza e la svolta “storica” con la sentenza Cass. SS. UU. n. 761/2002; 4. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo: la ricostruzione del “principio (o sistema) dispositivo con metodo acquisitivo” e gli ostacoli all’applicazione del principio di non contestazione nel processo amministrativo. 5. Le ragioni della necessità di esaminare la giurisprudenza amministrativa sulla mancata ottemperanza agli ordini istruttori da parte della pubblica amministrazione nell’indagine relativa alla “non contestazione” dei fatti nel processo. a) La giurisprudenza sulla mancata ottemperanza agli ordini istruttori dal giudice da parte della pubblica amministrazione. 6. La legge n.

69/2009 e la modifica dell'art. 115 c.p.c.. La giurisprudenza amministrativa rivendica l'operatività del "principio di non contestazione" anche nel processo amministrativo prima dell'emanazione del codice. L'art. 64, secondo comma, c.p.a. 7. I primi orientamenti della giurisprudenza amministrativa sull'applicazione del c.d. "principio di non contestazione" dopo l'introduzione dell'art. 64, secondo comma, c.p.a. 8. Considerazioni conclusive sulla ricostruzione delle origini della non contestazione nel processo civile e nel processo amministrativo.

1. Le radici storiche della "non contestazione" e il dovere dell'intimato di comparire e di partecipare al processo. L'originaria connotazione sostanziale della "non contestazione" nel processo.

La "non contestazione" nel processo indica una inattività della parte alla quale tradizionalmente si attribuiscono conseguenze sfavorevoli. La considerazione negativa del comportamento del convenuto che partecipa al processo, ma non contesta specificatamente i fatti dedotti dall'altra parte, ha radici storiche risalenti nel tempo.

La prima sezione del presente capitolo ha ad oggetto la ricostruzione delle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza che hanno contribuito ad affermare, dapprima nel processo civile e poi nel processo amministrativo, l'operatività del c.d. "principio di non contestazione"²⁵³, secondo il quale i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione dal giudice²⁵⁴.

²⁵³ È necessaria una precisazione terminologica. La "non contestazione" nel processo non può essere assunta *a priori* come un "principio", sebbene la dottrina e la giurisprudenza tradizionalmente si riferiscano al cd. "principio di non contestazione".

La deduzione dalla natura giuridica del fenomeno della "non contestazione" non può rappresentare un *prius* rispetto alla sua rilevazione e alla risoluzione dei suoi profili problematici.

Nel presente lavoro, tuttavia, si adopererà l'espressione "principio di non contestazione" secondo gli studi tradizionali in materia. Sin da ora va evidenziato che la predetta espressione rischia di rivelarsi inadeguata e giuridicamente imprecisa, potendosi assumere solo come "*generica etichetta del tema*". In tal senso, si veda B. Sassani, L'onere della contestazione, in www.judicium.it, 2, nota n. 8.

²⁵⁴ Sul principio di non contestazione nel processo civile si vedano i contributi monografici di B. Ciacca Cavallari, La contestazione nel processo civile, I, La contestazione tra norme e sistema, Milano, 1992; B. Ciacca Cavallari, La contestazione, II. La non contestazione: caratteri ed effetti, 1993; A. Caratta, Il principio di non contestazione nel processo civile, Milano, 1995. Si vedano, inoltre, C. M. Cécia, Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite (Nota a Cass. 17 aprile 2002, n. 5523, 2 aprile 2002, n. 4685, 23 gennaio 2002, n. 761, e Trib. Foggia 7 maggio 2002), in Foro it., 2002, 2017 ss.; A. Proto Pisani, Allegazione dei fatti e principio di non

Si tratta di un istituto che ha origini nel processo civile e che, con l’emanazione del codice del processo amministrativo, è stato innestato anche nel processo amministrativo²⁵⁵.

La rilevanza della “non contestazione” nell’ordinamento processuale risale al processo romano e alla fissazione dei termini della lite.

Il processo *per legis actiones* si caratterizzava per una sostanziale rigidità strutturale²⁵⁶. In una prima fase, l’*actor* e il *reus* dovevano presentarsi dinanzi al magistrato per definire l’oggetto della controversia la cui soluzione, in una seconda fase, era affidata ad uno *iudex privatus*²⁵⁷.

In particolare, l’attore intimava il convenuto a comparire in giudizio mediante il meccanismo della “*in ius vocatio*”; il convenuto, invece, aveva l’obbligo di presentarsi dinanzi al *magistratus* per la definizione dei termini della

contestazione nel processo civile (Nota a Cass. 23 gennaio 2002, n. 761), Foro it., 2003, 604 ss.; C. M. C ea, Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione (Nota a Cass. 5 febbraio 2003, n. 1672, e 16 gennaio 2003, n. 559), Foro it., 2003, 2107 ss.; M. Fabiani, Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato. Cassazione civile, sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761. Cassazione civile, sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14817, in Corr. Giur., 2003, 1335 ss.; S. Del Core, Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali, in Giust. Civ., 2004, 112 ss.; F. De Santis, Poteri istruttori d’ufficio, effetti della non contestazione e verit  del processo, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2005, 155 ss.; S. Del Core, Il principio di non contestazione   divenuto legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi, in Giust. Civ., 2009, 273 ss.; G. Ianniruberto, Il principio di non contestazione dopo la riforma dell’art. 115 c.p.c., in Giust. Civ., 2010, 309 ss.; A. Carratta, Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili (Tribunale di Varese, or. 27 nov. 2009), in Famiglia e diritto, 2010, 571 ss.

²⁵⁵ Per quanto riguarda il processo amministrativo, non si rinvencono monografie sul tema; si vedano, tuttavia, i contributi di F. Follieri, Il principio di non contestazione nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2012, 1012 ss.; G. Tropea, Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali in Dir. proc. amm., 2012, 1142 ss.; C. Lamberti, All’amministrazione inerte nel giudizio si applica sempre il principio di non contestazione?, in Giur. It., 2012, 1181 ss.

²⁵⁶ In tal senso, F. M. D’Ippolito, F. Lucrezi, Profilo storico istituzionale di diritto romano, Napoli, 2003, 155.

²⁵⁷ La *litis contestatio* consisteva nello scambio tra le parti di dichiarazioni solenni, incompatibili tra loro, in quanto l’attore avanzava una pretesa e il convenuto la negava. Sul tema, si veda, F. M. D’Ippolito, F. Lucrezi, Profilo storico istituzionale di diritto romano, Napoli, 2003, 155.

lite (“*litis contestatio*”²⁵⁸). In tale occasione, il convenuto doveva assumere un comportamento tale da consentire la prosecuzione del giudizio *apud iudicem*, salvo che non intendesse riconoscere la pretesa attorea²⁵⁹.

Anche il processo formulare si articolava nelle due suddette fasi²⁶⁰. In particolare, La *litis contestatio* rappresentava una fase necessaria nel corso della quale le parti elaboravano una forma di sintesi della controversia dinanzi al *magistratus*²⁶¹.

Dunque, nel processo romano, sussisteva un vero e proprio dovere delle parti di presentarsi in giudizio ed, eventualmente, di difendersi²⁶². Senza il concorso del convenuto, il processo non poteva instaurarsi²⁶³. Nelle fonti romane, tuttavia, non si rinvenivano indicazioni sempre concordanti sulle sanzioni che seguivano al comportamento del convenuto “*indefensus*”²⁶⁴.

In ogni caso, nella dinamica del processo, il comportamento omissivo del convenuto assumeva una connotazione decisamente negativa; la sussistenza del “dovere di difendersi” a seguito della chiamata in giudizio dell’attore implicava conseguenze negative a carico del convenuto che non lo rispettava.

La mancata “contestazione” del convenuto si traduceva in una condotta anti-giuridica che veniva diversamente sanzionata²⁶⁵, a seconda delle tipologie di processo e di azioni.

²⁵⁸ La *litis contestatio* comportava la definizione degli elementi della lite e la deduzione della causa in giudizio. Il compimento della *litis contestatio* determinava che la *res* fosse in *iudicium deducta* (vale a dire che la controversia fosse sottoposta alla decisione del giudice).

²⁵⁹ “*Sul convenuto incombeva non soltanto il dovere di presentarsi in iure ma anche il dovere di assumere una posizione ben chiara, riconoscendo oppure contestando la fondatezza della pretesa avversaria*”; per un’attenta ricostruzione storica si veda A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 18 ss.

²⁶⁰ In tal senso, F. M. D’Ippolito, F. Lucrezi, *Profilo storico istituzionale*, 2003, 173.

²⁶¹ In tal senso, F. M. D’Ippolito, F. Lucrezi, *Profilo storico istituzionale*, 2003, 173.

²⁶² La *ratio* sottesa alla previsione del dovere giuridico di presentarsi in giudizio è stata ricollegata all’interesse dell’ordinamento giuridico alla rapida soluzione delle controversie private, in tal senso, A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 28 ss.

²⁶³ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 741.

²⁶⁴ Così riferisce A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 24 ss.

²⁶⁵ Sulla mancata *litis contestatio* nel processo privato romano per *legis actiones* come violazione del dovere di difendersi e le sue conseguenze, si veda A. Caratta, *Il principio*

Con l'affermazione della *cognitio extra ordinem* e, successivamente, del processo giustiniano, l'obbligo del convenuto di comparire e di difendersi si trasformò in mero obbligo di presentarsi in giudizio. Una volta costituitosi, il convenuto avrebbe potuto assumere la condotta processuale che riteneva più opportuna²⁶⁶. In altri termini, se la comparizione del convenuto dinanzi al giudice era obbligatoria, la scelta della linea difensiva, invece, era rimessa alle valutazioni della parte costituita. Il convenuto poneva in essere una condotta giuridicamente sanzionabile soltanto nel caso in cui non si fosse presentato in giudizio.

La mancata contestazione delle pretese avversarie da parte del *reus* che prendeva parte al giudizio non era di per sé sanzionabile. Va evidenziato che, sin da questa epoca, iniziava a delinearsi la distinzione tra la contumacia nel processo e la mancata contestazione della parte costituita.

La *litis contestatio* è sopravvissuta anche nel processo comune italiano, rappresentandone un momento essenziale, vale a dire l'atto solenne di costituzione.

Soltanto con l'evoluzione del processo si diffuse la convinzione che potesse esservi ugualmente il processo anche senza la partecipazione del convenuto.

La formalità della *litis contestatio* di origini romane venne eliminata e, al suo posto, fu prevista una "finzione" affinché il processo potesse considerarsi validamente instaurato. In particolare, l'attore dava avvio al giudizio con la citazione del convenuto e se quest'ultimo non compariva in udienza, la lite si riteneva comunque per contestata (cd. *fictio litis contestatio*); in tal modo, l'attore avrebbe potuto ottenere la pronuncia del giudice anche in assenza del convenuto²⁶⁷.

di non contestazione, 1995, 29 ss., il quale sostiene anche l'opportunità di distinguere le *actiones in rem* dalle *actiones in personam*.

²⁶⁶ A. Caratta, Il principio di non contestazione, 1995, 37.

²⁶⁷ Va, tuttavia, osservato che in alcuni sistemi processuali la finzione della *litis contestatio* venne intesa come una "*poena contumacis*". Vi furono inoltre "*alcuni diritti che vollero condannato il contumace pel solo fatto della contumacia*". Era questa una forma di coazione a comparire: ma essa è abbandonata nei sistemi moderni. Sul tema, si veda G. Chiovenda, Principii, 1965, 742.

Successivamente, invece, come evidenziato dalla dottrina, si affermò la convinzione che *“nel processo moderno il rapporto processuale si costituisce colla semplice domanda, e a questa si connettono, come momento in cui ha vita il rapporto processuale, gli effetti che un tempo si connettevano alla contestazione della lite. Onde parlare di contestazione della lite e di contratto o quasi contratto giudiziale non ha senso”*²⁶⁸.

Dunque, le origini della rilevanza giuridica della “non contestazione” nel processo si ricollegano ai meccanismi di instaurazione del processo; infatti, nel processo romano classico, il diritto sostanziale era strettamente intrecciato con le vicende processuali e la *“litis contestatio”* estingueva il rapporto giuridico sostanziale in essere tra le parti prima del processo; *“il rapporto qual era prima viene meno, si consuma, e subentra un diritto nuovo che si immedesima con il processo e ne condivide le sorti”*²⁶⁹.

Invece, come si tenterà di analizzare in seguito, nel processo moderno, la mancata contestazione dei fatti da parte del convenuto assume rilevanza su un piano differente rispetto a quella dell’instaurazione del processo.

A tal proposito, va condivisa la riflessione della dottrina che ha evidenziato una contraddizione nell’inquadramento della non contestazione nel processo: da una parte, la rilevanza dell’istituto in esame ha una matrice originaria dispositivo-sostanziale, dall’altra, è destinato a spiegare i suoi effetti nell’istruzione probatoria²⁷⁰ e nella fase decisoria.

2. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo: l’indagine sulla rilevanza della “non contestazione” nel processo civile sotto la vigenza del Codice del 1865 e la difficoltà di un’applicazione generalizzata del principio di “non contestazione”; gli esiti della suddetta indagine nel processo amministrativo.

²⁶⁸ G. Chiovenda, *Principii*, 1965, 742.

²⁶⁹ G. Chiovenda, *Principii*, 1965, 136.

²⁷⁰ In tal senso, B. Ciacca Cavallari, *La contestazione*, I, *La contestazione tra norme e sistema*, 1992, XX, nota 41.

Nel processo moderno non vi è il dovere dell'intimato di partecipare al giudizio, né tantomeno quello di difendersi e di contraddire alle affermazioni dell'avversario, pena l'applicazione di sanzioni.

Il convenuto che non partecipa al processo può essere danneggiato *di fatto* dalla sua attività; ma la sua posizione è garantita, per quanto di ragione, dalla decisione di un giudice terzo ed imparziale.

Orbene, come osservato dalla dottrina, nulla vieta che il legislatore possa prevedere, a livello di diritto positivo, conseguenze specifiche per la mancata partecipazione del convenuto al processo²⁷¹.

Allo stesso modo, evidentemente, il legislatore può disciplinare le conseguenze del comportamento del convenuto che partecipa al processo ma non contesta i fatti allegati da controparte.

a) Per quanto riguarda il processo civile, nel codice di procedura del 1865 non vi era un'espressa disciplina degli effetti giuridici della "non contestazione" né vi era una norma che parificasse il silenzio della parte all'ammissione delle circostanze non contestate, come avveniva nel processo tedesco e nel processo austriaco²⁷².

Le uniche disposizioni erano l'art. 218, secondo comma, c.p.c.²⁷³ e l'art. 283 c.p.c.²⁷⁴. Pertanto, in mancanza di una espressa previsione legislativa avente carattere generale, la dottrina comunemente riteneva che i fatti non contestati non potessero essere considerati dal giudice come ammessi.

²⁷¹ G. Chiovenda, *Principii*, 1965, 743.

²⁷² Il riferimento è agli artt. 138 III della ZPO tedesca e 178 della ZPO austriaca.

²⁷³ L'art. 218, secondo comma, c.p.a. stabiliva che "*quando la parte non comparisca, o ricusi di rispondere, si hanno per ammessi i fatti dedotti, salvo che giustifichi un impedimento legittimo*".

²⁷⁴ L'art. 283 c.p.c., invece, prevedeva che "*quando la parte contro cui la scrittura privata è prodotta non comparisca, questa si ha per riconosciuta in sua contumacia. Se comparisca e non risponda, o, rispondendo, non neghi la scrittura specificatamente o non dichiari di non riconoscere quella attribuita ad un terzo, la scrittura si ha ugualmente per riconosciuta*".

A seguito dell'emanazione del codice di procedura civile del 1865, soltanto una parte minoritaria della dottrina riconobbe un'efficacia alla "non contestazione" nell'istruzione probatoria²⁷⁵.

Negli anni successivi, in mancanza di una norma, la dottrina iniziò ad interrogarsi su quali potessero essere gli effetti della mancata contestazione dei fatti allegati da una parte ad opera di un'altra costituita, giungendo a soluzioni diverse a seconda della qualificazione dell'attività (o meglio della non attività) di omessa contestazione²⁷⁶.

Una voce autorevole della dottrina sostenne che la mancata contestazione di un fatto nel processo rappresentasse solo una inattività della parte, a cui l'ordinamento processuale non collegava conseguenze di alcun genere²⁷⁷.

Invero, la pacificità o l'ammissione dei fatti non contestati poteva derivare solo da una preclusione, vale a dire dalla previsione della perdita del potere, riconosciuto al convenuto, di contestare i fatti allegati dall'attore²⁷⁸.

Orbene, in assenza di indicazioni legislative in tal senso, non si poteva trarre dal comportamento omissivo di una parte effetti tali da incidere sul piano della valutazione e della decisione del giudice.

b) A differenza di quanto rilevato per il processo civile, l'indagine sulle conseguenze della "non contestazione" alle origini del processo amministrativo è destinata a non produrre alcun riscontro.

Il dibattito sugli effetti della mancata contestazione dei fatti nel processo civile, come sopra descritto, trovava le sue ragioni nel fatto che si trattava di un processo di parti, l'attività delle quali era fondamentale per l'instaurazione e la

²⁷⁵ Si rinvia al pensiero di Mortara, secondo il quale la non contestazione era una sanzione per la violazione del dovere di lealtà processuale e al pensiero di Furno, secondo il quale l'efficacia probatoria della non contestazione nel processo deriva dal principio di auto responsabilità delle parti nel processo. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti della dottrina, si rinvia a A. Caratta, *Il principio di non contestazione* 1995, 153 ss.

²⁷⁶ Sul dibattito si veda A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 133 ss.

²⁷⁷ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, 326 ss.

²⁷⁸ G. Chiovenda, *Istituzioni*, 1960, I, 326 ss.. Non a caso, nell'ipotesi dell'interrogatorio formale, espressamente disciplinato dal legislatore, la "*fictio confessio*" quale conseguenza della mancata contestazione non andava intesa come sanzione, ma solo come perdita del diritto per mancato esercizio nel termine.

definizione della lite; sin dalle origini, il processo civile è stato un processo “di parti”.

L'impostazione originaria del processo amministrativo, invece, era completamente differente.

Come evidenziato nel primo capitolo, il sindacato del giudice serviva a ristabilire - nell'interesse pubblico generale - la legalità violata dall'amministrazione a seguito dell'emanazione di atti amministrativi illegittimi²⁷⁹. La giurisdizione amministrativa veniva qualificata come giurisdizione di diritto obiettivo, nella quale il ruolo delle parti non era decisivo ai fini della delimitazione del tema decisorio.

Dunque, in un siffatto sistema processuale, il principio di non contestazione non aveva alcun margine di operatività.

3. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo civile: l'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940 e la successiva elaborazione del “principio di non contestazione” da parte della giurisprudenza e della dottrina.

Il codice di procedura civile del 1940 non disciplinò le conseguenze processuali che si producevano a carico della parte che non aveva contestato i fatti allegati dalla controparte.

Non vi era una norma che disciplinasse, in via generalizzata, gli effetti della “non contestazione” sulla ripartizione degli oneri probatori tra le parti e sulla formazione del convincimento giudiziale.

²⁷⁹ Sull'originaria impostazione del processo amministrativo si veda S. Perongini, La formula “ora per allora” nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”, Napoli, 1999, 268 e la bibliografia ivi richiamata. In particolare, si veda S. Trentin, La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, 1910, 228 ss., il quale rilevava la natura di diritto obiettivo della giurisdizione conferita al Consiglio di Stato, deducendone la possibilità di un sindacato del giudice esteso a tutti i vizi del provvedimento impugnato, anche se non oggetto di censura della parte.

Non era possibile, dunque, equiparare la mancata contestazione dei fatti all'ammissione esplicita degli stessi così come avveniva nell'ordinamento tedesco, nel quale era prevista una norma specifica.

L'ostacolo principale alla esatta individuazione delle conseguenze processuali derivanti dalla mancata contestazione dei fatti restava l'assenza di una disciplina *ad hoc*.

Orbene, la dottrina si interrogò sugli effetti del comportamento non contestativo della parte alla luce dell'emanazione del codice di procedura civile del 1940 e delle norme ivi contenute²⁸⁰.

La ricostruzione dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sul fondamento giuridico e sugli effetti della non contestazione nel nostro ordinamento si rende necessaria al fine di individuare le problematiche sottese all'introduzione *ex lege* della regola in base alla quale i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione dal giudice, sia nel processo civile (art. 115 c.p.c., secondo l'attuale formulazione) sia nel processo amministrativo (art. 64, secondo comma, c.p.a.).

Fino all'emanazione della legge n. 69 del 2009, la dottrina arrancava nell'individuazione del fondamento giuridico del principio della non contestazione nel nostro ordinamento, dapprima nel processo civile e successivamente in quello amministrativo.

Orbene, attualmente l'ostacolo del rinvenimento della norma di diritto positivo può dirsi superato. Restano, tuttavia, diversi problemi di compatibilità e di coordinamento tra l'applicazione del principio di non contestazione e la sistematica del processo, in particolare del processo amministrativo, considerate le peculiari caratteristiche.

a) La non contestazione come precipitato del principio della domanda (o principio dispositivo sostanziale)

²⁸⁰ Si veda l'attenta ricostruzione delle diverse opinioni dottrinali effettuata da A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 175 ss.

Nelle riflessioni sul tema della non contestazione, una novità senz'altro derivò dalla giurisprudenza²⁸¹.

A partire dagli anni '50, l'orientamento prevalente della Cassazione sosteneva che, dal momento che nel nostro impianto processuale dominava il principio della domanda, *“non spetta(va) al giudice accertare d'ufficio circostanze che, pur rientrando tra i fatti costitutivi del diritto di cui si chiede il riconoscimento, non sono(erano) oggetto di contestazione tra le parti²⁸²”*.

La giurisprudenza ebbe cura anche di delimitare la nozione di “contestazione” sostenendo che il silenzio della parte non potesse essere assimilato alla ammissione implicita o esplicita del fatto non contestato in assenza di un espresso onere di contestazione dei fatti allegati da controparte. Invero, il fatto poteva ritenersi “pacifico” quando la difesa del convenuto era articolata su elementi logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti allegati dall'attore²⁸³.

Si trattava di una conseguenza da ricondurre all'operatività del principio della domanda e alla connotazione del processo come processo di parti.

Sulla scorta delle suddette pronunce, anche la dottrina indirizzò la sua riflessione in tal senso, fortemente influenzata dalla elaborazione di quella tedesca sul tema.

La dottrina italiana rappresentò l'applicazione del principio di non contestazione come conseguenza della natura disponibile dei diritti, oggetto del rapporto giuridico dedotto in giudizio²⁸⁴.

Il principio di non contestazione rappresentava una conseguenza inevitabile derivante dal nostro impianto processual-civilista, dominato dal monopolio delle parti nella definizione dell'oggetto della lite²⁸⁵.

²⁸¹ In tal senso, A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 199 ss.. D'altronde, occorre rilevare sin da ora che l'elaborazione giurisprudenziale si è rivelata essenziale al fine di sostenere e giustificare, nel tempo, l'applicazione generalizzata nel principio di non contestazione nel processo.

²⁸² A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 200 ss.

²⁸³ A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 201 ss.

²⁸⁴ G. Verde, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989, 1 ss.

²⁸⁵ A. Caratta, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, 1995, 233.

In particolare, un'autorevole voce della dottrina²⁸⁶ definì il principio di non contestazione come regola non codificata e di prevalente origine giurisprudenziale, fondata su un'esigenza logica in base alla quale “*non c'è discorso che non poggi sopra un numero di premesse convenzionalmente acquisite (...); è comunemente accettato che il giudice sia vincolato a porre a base della sua decisione i fatti non controversi che ritenga rilevanti*”²⁸⁷.

La convinzione era che il giudice potesse investigare esclusivamente laddove finiva “*l'area non contestata*”²⁸⁸.

In tal senso, nel tentativo di trovare un fondamento giuridico al principio di non contestazione, quest'ultimo veniva ricondotto al principio della domanda²⁸⁹ e, in particolare, “*a quel coefficiente di dispositività, che è ad esso sottostante*”²⁹⁰.

La non contestazione di un fatto assumeva rilevanza nel processo nella stessa misura in cui il fatto stesso poteva essere allegato dalle parti. La dottrina in esame sostenne l'applicazione del principio di non contestazione solo se i fatti riguardavano diritti di cui le parti potevano liberamente disporre.

b) La non contestazione come atto di rilevanza processuale di non allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall'avversario avente la funzione di escludere i fatti non contestati dal *thema probandum*.

La ricostruzione secondo la quale l'applicazione del principio di non contestazione nel processo civile rappresentava il “riflesso processuale” del principio della domanda è stata messa in discussione dalla dottrina successiva²⁹¹.

²⁸⁶ G. Verde, Domanda (principio della), in Enc. giur. Treccani, XII, 1989, 1 ss.

²⁸⁷ G. Verde, Domanda (principio della), in Enc. giur. Treccani, XII, 1989, 9.

²⁸⁸ G. Verde, Domanda (principio della), in Enc. giur. Treccani, XII, 1989, 9.

²⁸⁹ Sul principio della domanda nel diritto processuale civile, si veda G. Verde, Domanda (principio della), in Enc. giur. Treccani, XII, 1989, 1 ss.. Il collegamento tra il principio della domanda e imparzialità del giudice è un dato tradizionale della nostra dottrina; a tal punto, si vedano Androli V., Prova, in Nss. D. I., Torino, 1967, 278 s; Fazzallari E., La imparzialità del giudice, in Studi in memoria di C. Furno, Milano, 1973, 337 ss.; Carnacini T., Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, in Studi in onore di E. Redenti, II, Milano, 1951, 752; Verde G., Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro, in Studi in onore di E. T. Liebman, III, Milano, 1979, 2175.

²⁹⁰ G. Verde, Domanda (principio della), in Enc. giur. Treccani, XII, 1989, 9.

²⁹¹ Cfr. A. Caratta, Il principio di non contestazione, 1995.

La riflessione della suddetta dottrina muoveva dalla constatazione storica dell'influenza della dottrina tedesca rispetto a quella italiana. In particolare, gli studiosi italiani sarebbero stati condizionati dalla riflessione tedesca intorno alla *Nichtbestreiten*²⁹². Si tratta di una previsione contenuta nell'art. 138 ZPO, secondo il quale i fatti non espressamente contestati sono da considerare ammessi, se la volontà di contestazione della parte non risulta da altre dichiarazioni²⁹³.

I giuristi d'oltralpe sostenevano che la non contestazione fosse la conseguenza del principio dispositivo processuale (*Verhandlungsgrundsatz*).

La *Verhandlungsgrundsatz* e la *Dispositionsmaxime* sono principi caratterizzanti il processo tedesco che rispondono ad esigenze diverse, sebbene abbiano lo stesso fondamento logico-giuridico vale a dire la natura disponibile del rapporto giuridico dedotto in giudizio.

La *Dispositionsmaxime* si riferisce al potere monopolistico delle parti di iniziare e concludere il processo e di fissare l'oggetto della lite²⁹⁴.

Invece, il principio dispositivo processuale (principio della trattazione) prevede che le parti abbiano il potere monopolistico di allegazione dei fatti e del materiale probatorio nel processo e, solitamente, la vigenza di suddetto principio venne ricollegata comunque alla natura disponibile sostanziale del rapporto dedotto in giudizio.

Dalla riflessione dottrinale tedesca sul tema emergeva con chiarezza questo sillogismo, “*la non contestazione dei fatti allegati dall'avversario è una manifestazione della Verhandlungsmaxime alla quale è improntato il processo; la Verhandlungsmaxime, cioè la struttura processuale per cui è riservato alle parti il potere monopolistico di allegazione dei fatti di causa e di indicazioni delle prove, costituisce la manifestazione nel processo della natura sostanziale disponibile del*

²⁹² “L'inquadramento sistematico della *nichtbestreiten* è alla base della riflessione che la dottrina italiana ha sviluppato intorno al principio di non contestazione”, in tal senso, si veda A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 229 ss.

²⁹³ A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 208.

²⁹⁴ A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 245.

*rapporto dedotto in giudizio; anche la non contestazione, quindi, ha lo stesso fondamento logico-giuridico, cioè la natura disponibile del rapporto*²⁹⁵.

Dunque, la dottrina italiana, che aveva ricollegato il principio di non contestazione al principio della domanda e alla disponibilità del rapporto giuridico sottostante, sostanzialmente aveva riprodotto le argomentazioni della dottrina tedesca sul fondamento della regola in base alla quali i fatti non contestati erano da considerarsi fatti ammessi.

Tuttavia, non era trascurabile che nell'ordinamento tedesco vi fosse una norma di diritto positivo *ad hoc*, dalla quale partire per indagare il fondamento giuridico del principio di non contestazione, mentre nel nostro ordinamento non vi era alcuna analoga disposizione di legge²⁹⁶.

La dottrina italiana non doveva soltanto ricondurre a sistema o interpretare una norma; piuttosto, doveva desumere dal sistema stesso l'esistenza di una regola, che non aveva fondamento in una norma espressa, a differenza dell'ordinamento tedesco.

Orbene, la dottrina ha sostenuto che, in assenza di una espressa previsione di legge, la tesi in base alla quale *“il principio di non contestazione rappresenta una manifestazione nel processo della natura disponibile del rapporto sarebbe condivisibile soltanto se si riuscisse a dimostrare che, de iure condito, esiste, rispetto all'allegazione dei fatti di causa rilevanti per la causa una diversa ripartizione dei poteri processuali delle parti e del giudice a seconda della natura (disponibile o indisponibile) del rapporto dedotto in giudizio. Sennonché proprio questo manca nel nostro ordinamento”*²⁹⁷.

Il collegamento tra “non contestazione” e disponibilità del rapporto giuridico sottostante va tenuto presente²⁹⁸, ma non può costituire il fondamento della non contestazione nel nostro ordinamento; *“il carattere disponibile del rapporto avrà*

²⁹⁵ In tal senso, A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 244.

²⁹⁶ Nell'ordinamento tedesco, infatti, i fatti non contestati dovevano essere considerati fatti ammessi ai sensi dell'art. 138 ZPO.

²⁹⁷ A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 255.

²⁹⁸ Non si può consentire sul piano processuale più di quanto si consente sul piano sostanziale.

la sua importanza quando si tratterà di stabilire l'applicazione pratica della non contestazione²⁹⁹”.

La dottrina in esame ha sostenuto che, nel processo civile italiano, la “non contestazione” potesse essere una manifestazione del principio di disponibilità dei fatti di causa in base al quale non solo le parti hanno il monopolio nell'allegazione dei fatti di causa, ma anche il potere di delimitare il *thema probandum*. In tal caso, si poteva riconoscere alle parti il potere di escludere alcuni fatti dal novero di quelli bisognosi di prova, attraverso il meccanismo processuale della mancata contestazione dei fatti allegati da controparte³⁰⁰.

Infatti, nell'ipotesi di “non contestazione” di un fatto, in mancanza di una disposizione legislativa, il giudice non poteva essere ritenuto obbligato a ritenere come vero un fatto non provato. Non vi era una norma dalla quale poter ricavare una tale “finzione”, come nell'ordinamento tedesco.

La mancata contestazione di un fatto allegato da controparte poteva rappresentare soltanto l'esercizio del potere della parte di delimitare il *thema probandum*; si trattava “di un atto di rilevanza processuale di non allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall'avversario”, capace di escludere un fatto dalla massa di quelli che dovranno essere provati in giudizio.

Il fondamento giuridico degli effetti della mancata contestazione in giudizio sarebbe era individuato nell'autoresponsabilità delle parti in giudizio³⁰¹.

Tuttavia, una delle maggiori difficoltà nell'affermazione del c.d. principio di non contestazione continuava ad essere rappresentato dall'assenza di una espressa disposizione legislativa.

Dunque, occorre ancorare l'operatività del suddetto principio ad un dato normativo ben preciso.

In tal senso, veniva evidenziata la connessione tra le conseguenze processuali derivanti dalla omessa contestazione di un fatto allegato da una parte ad opera

²⁹⁹ A. Caratta, Il principio di non contestazione, 1995, 259.

³⁰⁰ A. Caratta, Il principio di non contestazione, 1995, 261 ss.

³⁰¹ A. Caratta, Il principio di non contestazione, 1995, 261 ss.

della controparte costituita e l'onere della parte stessa di prendere posizione sui fatti allegati dall'avversario.

Inizialmente, l'onere delle parti di prendere posizione rispetto ai fatti di causa era sancito solo nel rito del lavoro (art. 416 c.p.c.); successivamente, è stato esteso anche al rito ordinario civile (art. 167 c.p.c.).

Orbene, la dottrina richiamata ha sostenuto che la previsione dell'onere³⁰² di prendere posizione sui fatti di causa rendesse concreto il profilo dell'autoresponsabilità sotteso al c.d. principio di non contestazione³⁰³.

Dunque, in caso di inosservanza del predetto onere, si verificavano conseguenze negative nella sfera giuridica del soggetto "onerato", che si sostanziavano nella c.d. *relevatio ab onere probandi*, vale a dire nell'esclusione del fatto dal *thema probandum*, oggetto della controversia.

Si anticipa sin da ora che la predetta impostazione ha trovato il conforto della giurisprudenza. In particolare, la sentenza "storica" della Cass. Civile., sez. un., 23.01.2002 n. 761 -che ha sancito definitivamente l'ingresso del c.d. principio di non contestazione nel processo civile per via giurisprudenziale - ha sostenuto che *"gli artt. 167, primo comma e 416, terzo comma, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti. In altri termini, la mancata contestazione, a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo, rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto e, quindi, rende inutile provarlo, perché*

³⁰² "Il tratto caratteristico dell'onere non sta tanto nell'effetto utile che conseguirebbe al suo adempimento, bensì nell'effetto svantaggioso che conseguirebbe all'inosservanza del medesimo", in tal senso, Galeotti, Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico, in *Ius*, 1955, 256.

³⁰³ A. Caratta, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, 1995. 292 ss.

*non controverso, come è già stato posto in lince da altro orientamento espresso dalla Corte sul punto, con sentenza 2 marzo 1995, n. 2415*³⁰⁴.

c) La mancata contestazione dei fatti in giudizio come comportamento valutabile ex art. 116 c.p.c.

In assenza di una disposizione legislativa che disciplinava gli effetti processuali della mancata contestazione delle allegazioni avversarie, la “non contestazione” è stata considerata anche come un comportamento processualmente rilevante ai sensi dell’art. 116 c.p.c. (disposizione introdotta per la prima volta nel codice di procedura civile del 1940).

In dottrina, infatti, qualche autore ha sostenuto la valenza della mancata contestazione dei fatti in giudizio come comportamento processualmente rilevante ai sensi dell’art. 116 c.p.c., valutabile in termini di argomento di prova, che necessitava di essere corroborato da altri elementi probatori per essere posto a fondamento della decisione e del convincimento del giudice³⁰⁵.

Tale ricostruzione è stata recepita anche da un orientamento della giurisprudenza³⁰⁶, seppure minoritario.

La predetta dottrina si interrogava sulla nozione di non contestazione e sembrava trovare una “risposta piana”³⁰⁷; la non contestazione si sostanziava in un complesso di argomentazioni del difensore o della parte, conciliabile, implicitamente o esplicitamente, con la verità dei fatti allegati dall’altra parte.

L’esperienza giurisprudenziale aveva fatto emergere la regola secondo la quale i fatti non contestati non dovevano essere provati. La dottrina in esame, tuttavia, sosteneva che tale ricostruzione “*non ha in sé nulla di ineluttabile ma si*

³⁰⁴ Si veda C. M. Cea, Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite (Nota a Cass. 17 aprile 2002, n. 5523, 2 aprile 2002, n. 4685, 23 gennaio 2002, n. 761, e Trib. Foggia 7 maggio 2002), in Foro it., 2002, 2017 ss.

³⁰⁵ In tal senso, V. Andrioli, Prova (dir. civ.), in Noviss. Dig. It., XIV, Torino, 1967, 274 ss.

³⁰⁶ Si vedano, *ex multis*, Cass., 10.06.1942 n. 1691; Cass., 21.05.1952 n. 1477; Cass., 12.06.1976 n. 2178; Cass., 13.07.1991 n. 7800; Cass., 5.06.1991 n. 6344.

³⁰⁷ Cfr. V. Andrioli, Prova (dir. civ.), in Noviss. Dig. It., XIV, Torino, 1967, 274 ss.

*inserisce (inseriva) nel libero apprezzamento del comportamento della parte che è materiato sì da autoresponsabilità, e suppone la cooperazione del giudice*³⁰⁸.

In tal senso, gli effetti della mancata contestazione potevano prodursi unicamente sul piano probatorio, nel senso che il giudice si doveva limitare a considerare la mancata contestazione dei fatti ad opera di una parte come un comportamento processualmente rilevante sul piano probatorio.

d) La rivalutazione della nozione “assertiva” della contestazione nel processo. Critica.

Un Autore ha ricostruito una nozione assertiva della “contestazione” nel processo³⁰⁹.

Innanzitutto, è stata individuata una definizione “positiva” della contestazione, vale a dire dell’attività mediante la quale si deducono e si offrono alla considerazione dell’avversario elementi positivi che si pongono come materia di contrasto.

La disamina del fenomeno della contestazione è stata calata nella fase introduttiva del giudizio e nella fissazione dei termini della lite.

La contestazione positiva o assertiva è stata messa a confronto con l’allegazione dei fatti ad opera delle parti, evidenziandone l’autonomia³¹⁰.

Ad avviso della dottrina in esame, l’esercizio del diritto di azione – di cui è sempre stata indiscussa l’autonomia rispetto all’esercizio del diritto sostanziale – si traduceva nella decisione del privato di sottoporre la vicenda alla cognizione di un giudice terzo ed imparziale in modo da ottenere una soluzione dotata di particolare efficacia e forza sul piano ordinamentale.

La dottrina in esame sosteneva che l’allegazione dei fatti rappresentasse la tecnica attraverso la quale le parti avevano la possibilità di sottoporre al giudice i

³⁰⁸ V. Andrioli, Prova (dir. civ.), in Noviss. Dig. It., XIV, Torino, 1967, 274 ss.

³⁰⁹ Cfr. B. Ciacca Cavallari, La contestazione, I. La contestazione tra norme e sistema, 1992, 16 ss.; B. Ciacca Cavallari, La contestazione, II. La non contestazione: caratteri ed effetti, 1993.

³¹⁰ B. Ciacca Cavallari, La contestazione, I. La contestazione tra norme e sistema, 1992, 16 ss, 41 ss.

fatti; svolgeva la sua funzione verso il giudice. In tal senso, le parti provvedevano alla formazione del materiale di causa.

La contestazione dei fatti, invece, diventava un obbligo verso le altre parti, in ossequio al principio del contraddittorio³¹¹.

Ad avviso della dottrina in esame, l'allegazione e la contestazione dei fatti ad opera delle parti avevano un obiettivo comune, ma la loro struttura era diversa. L'allegazione di un fatto era un potere della parte che devolveva il fatto alla cognizione del giudice; la contestazione, invece, rappresentava un obbligo nei confronti delle altre parti se si intendeva fare in modo che un elemento fattuale componesse la fattispecie dedotta.

La contestazione svolgeva una funzione di informazione delle altre parti del giudizio³¹² e consentiva l'introduzione nel processo di nuovi temi controversi.

La *ratio* sottesa alla contestazione – così ricostruita – andava ricercata nell'esigenza di assicurare nel processo l'uguaglianza delle parti e il regolare contraddittorio tra le stesse³¹³.

La contestazione dei fatti costituiva un presupposto essenziale per lo svolgimento del contraddittorio nel processo. Veniva inquadrato come un atto di iniziativa processuale.

³¹¹ La contestazione deve fungere da “*presupposto essenziale per il contraddittorio, deve fornire l'indicazione completa di elementi utili per l'esatta determinazione della controversia, quale risulta dalla valutazione soggettiva e personale delle parti e formerà materia del giudizio tecnico di rilevanza obiettiva dei dati devoluti, che il giudice è chiamato a formulare*”. Si badi bene, però, che “*l'idea prospettata di un principio di non contestazione che governa la manifestazione del potere di iniziativa di ciascuna parte nella devoluzione di fatti e ragioni giuridiche, non costituisce, in sé, criterio idoneo a rispondere all'interrogatorio concernente l'identificazione degli elementi di volta in volta indispensabili per l'identificazione degli elementi di volta in volta indispensabili per la individuazione del contenuto della domanda, tradizionalmente inteso. E sarebbe solo una fonte di complicazioni, apparentemente inutile richiamare il desueto concetto di contestatio (...)* Altre teorie sono chiamate a risolvere i problemi dei limiti della domanda”, in tal senso si veda B. Ciacca Cavallari, *La contestazione, I. La contestazione tra norme e sistema*, 1992, 47-48.

³¹² B. Caccia Cavallari, *La contestazione, I. La contestazione tra norme e sistema*, 1992, 46.

³¹³ Caccia Cavallari, *La contestazione, I. La contestazione tra norme e sistema*, 1992, 47.

La stessa dottrina ha esaminato anche la contestazione da parte del convenuto nel processo civile, vale a dire la negazione opposta dal convenuto alla domanda dell'attore³¹⁴.

A tal proposito, la dottrina in esame riferiva di una suggestione esercitata dai testi di legge tale da giustificare la diffusione in dottrina e in giurisprudenza della convinzione che la nozione di contestazione coincidesse con la negazione dei fatti affermati dall'attore ad opera del convenuto; la contestazione generalmente indicava la reazione alle allegazioni avversarie. Dunque, la mancata contestazione si traduceva nella mancata reazione alle allegazioni avversarie, vale a dire nella omessa allegazione di fatti nuovi rispetto a quelli costitutivi, ossia fatti estintivi, impeditivi o modificativi costituenti oggetto di eccezione.

La dottrina in esame, in particolare, respingeva l'idea che la mancata opposizione ai fatti *ex adverso* dedotti fosse idonea a renderli non controversi o pacifici e quindi sottratti all'accertamento.

In altri termini, *“una volta che il fatto sia stato introdotto in causa da una parte, l'esigenza della verifica giudiziale non viene eliminata dall'assenza di reazione dell'altra, dovendo il giudice garantire l'attuazione della legge nel caso concreto mediante la verifica di ciascuno dei fatti rilevanti ai fini della decisione*³¹⁵”.

L'elaborazione dottrinale in esame, dunque, negava la validità della prospettiva contraria, comunemente assunta, secondo la quale la mancata contestazione dei fatti in giudizio rappresentava una omissione idonea a produrre effetti immediati sul piano assertivo e/o su quello probatorio, eliminando l'esigenza dell'accertamento del fatto non opposto³¹⁶.

³¹⁴ B. Caccia Cavallari, La contestazione, I. La contestazione tra norme e sistema, 1992, 85 ss.

³¹⁵ B. Caccia Cavallari, La contestazione, II. La non contestazione: caratteri ed effetti, 1993, 2 ss.

³¹⁶ B. Caccia Cavallari, La contestazione, II. La non contestazione: caratteri ed effetti, 1993, 3.

Si trattava di una costruzione alle “*quale non può disconoscersi funzionalità sul piano dell’economia dei giudizi, ma che appare estranea al nostro diritto positivo, quale principio o regola di generale applicazione*”³¹⁷.

La tesi innanzi rappresentata è stata oggetto di puntuali critiche da parte della dottrina.

Innanzitutto, si è messa in discussione la sussistenza del c.d. “obbligo di contestazione” dei fatti in giudizio, correlato al principio del contraddittorio; inoltre, è stato censurato anche l’esito del ragionamento della dottrina in base al quale la non contestazione di un fatto non può avere alcuna valenza, nemmeno in termini di comportamento processualmente rilevante³¹⁸.

L’elaborazione della dottrina che rivaluta una nozione assertiva della “contestazione” nel processo approda ad esiti negativi circa l’applicazione del principio di non contestazione nel processo civile; pertanto, accanto alle puntuali critiche che sono state formulate in dottrina, la predetta tesi – ad oggi – sarebbe ulteriormente “sconfessata” dal dato normativo e dalla successiva traduzione a livello di diritto positivo del cd. principio di non contestazione.

Tuttavia, in questa sede, si è ritenuto di dover riportare la predetta elaborazione dottrinale, non solo per esigenze di completezza nella ricostruzione “storica” offerta dalla dottrina del tema, ma soprattutto per la sua valenza dal punto di vista metodologico.

Invero, la dottrina in esame ha avvertito la necessità di abbandonare gli schemi che, in maniera tratteggiata, venivano osservati in dottrina o in giurisprudenza per ricostruire l’istituto in esame.

La suddetta dottrina richiama l’attenzione, innanzitutto, sulla nozione di contestazione, prima ancora che sugli effetti che la mancata contestazione è in grado di determinare all’interno del processo.

Invero, al di là della originalità che contraddistingue la rivalutazione teorica della nozione assertiva della contestazione – più o meno condivisibile –, la

³¹⁷ B. Ciacca Cavallari, *La contestazione, II. La non contestazione: caratteri ed effetti*, 1993, 3.

³¹⁸ A. Caratta, *Il principio di non contestazione*, 1995, 194.

seconda parte della ricerca relativa all'applicazione del c.d. principio di non contestazione e alla sua valenza nel processo richiama l'attenzione sul dato normativo; richiama l'interprete alle fonti. In particolare, va evidenziata la distinzione tra la concettualizzazione della "non contestazione" e le soluzioni relative alla sua operatività.

e) Gli orientamenti della giurisprudenza e la svolta "storica" con la sentenza Cass. SS. UU. n. 761/2002

Il contributo della giurisprudenza è stato decisivo per l'affermazione generalizzata del principio di non contestazione nel processo.

Occorre esaminare gli orientamenti della giurisprudenza relativi alla conseguenze della non contestazione nel processo civile, maturati prima della codificazione del principio in esame.

In assenza di una norma *ad hoc*, la giurisprudenza riteneva che potessero considerarsi "pacifici" i fatti posti a fondamento della domanda che il convenuto avesse esplicitamente ammesso o non avesse, neppure implicitamente, contestato, impostando la propria difesa su argomentazioni logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi ³¹⁹.

Inoltre, il giudizio di "pacificità", per effetto del quale l'attore poteva eccezionalmente essere dispensato dall'onere della prova a suo carico, presupponeva che la condotta processuale del convenuto dovesse interpretarsi, senza alcuna possibilità di alternativa o di dubbio, nel senso del necessario riconoscimento della obiettiva esistenza dei fatti dedotti dalla controparte, sicché era superflua la prova a tal riguardo.

Dunque, affinché i fatti dedotti da una parte potessero considerarsi incontrovertibili non era sufficiente che la controparte non li contestasse, ma era necessario che quest'ultima li ammettesse espressamente, ovvero assumesse una condotta processuale che presupponesse la loro sussistenza.

³¹⁹ Cass. 13.11.1976 n. 4200; Cass., 26.08.1986 n. 5229; Cass., 5.12.1992 n. 12947; Cass., 20.05.1993 n. 5733; Cass., 23.05.1995 n. 5643; Cass., 18.07.1997 n. 6623; Cass., 13.10.1999 n. 11513; Cass., 8.08.2000 n. 10434.

In passato, come già affermato, l'assenza di una prescrizione normativa sulla quale fondare il cd. "principio di non contestazione" ha fortemente condizionato l'esperienza giudiziaria e gli sforzi della dottrina volti a dimostrarne l'operatività nel processo. In particolare, si riteneva che la "non contestazione" non fosse sufficiente *ex se* a rendere pacifici i fatti allegati da una parte in giudizio.

Sul tema delle conseguenze processuali derivanti dalla mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati è intervenuta la sentenza delle SS. UU. della Corte di Cassazione, n. 761/2002, che ha segnato una svolta "storica" nel senso dell'affermazione nel nostro ordinamento del cd. "principio di non contestazione".

La questione sulla quale le SS. UU. sono state chiamate a decidere era se, nelle controversie in materia di lavoro, la parte resistente che contestava globalmente il credito vantato nei suoi confronti e metteva in discussione lo stesso "*an debeatur*", dovesse altresì contestare specificamente anche il *quantum* ed i relativi conteggi, elaborati dal ricorrente³²⁰.

Orbene, *andando ben oltre le esigenze del caso concreto*³²¹, in quell'occasione, la Cassazione ha affermato nel nostro ordinamento l'operatività del principio di non contestazione, sostenendo che "*gli artt. 167, primo comma e 416, terzo comma, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di*

³²⁰ Sulla questione oggetto del contrasto, la giurisprudenza aveva sostenuto tre tesi differenti: a) irrilevanza della non contestazione dei conteggi, in caso di contestazione sull'*an*; b) rilevanza ai fini della decisione - quali dati pacifici tra le parti - di conteggi non contestati, anche in caso di contestazione della domanda in punto di *an*, col corollario dell'inammissibilità di una contestazione tardiva (specificamente, in appello) dei medesimi conteggi; c) rilevanza della non contestazione dei conteggi quale elemento valutabile dal giudice ai fini della decisione (ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.), anche in caso di contestazione dell'*an debeatur*. Le Sezioni unite hanno ritenuto che nessuna delle tre proposizioni poteva essere condivisa nella sua assolutezza, anche se ciascuna presentava elementi di validità.

³²¹ F. SANTANGELI, *La contestazione come prova liberamente valutabile*, in *judicium.it*, nota n. 2

condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti”

Ad avviso della Suprema Corte, la mancata contestazione, a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo, rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto e, quindi, rende inutile provarlo, perché non controverso ³²².

Il giudice di legittimità ha inizialmente affermato il cd. “principio di non contestazione” nel rito del lavoro, poi nel processo civile ordinario e infine, nel giudizio tributario.

L'operatività del suddetto principio è stata radicata sul tenore letterale degli artt. 416 c.p.c. e 167 c.p.c., dopo la riforma degli anni 1990-1995.

Si riteneva che l'art. 416 c.p.c. e l'art. 167 c.p.c. avessero un'identica *ratio*, vale a dire quella di indurre la parte a dichiararsi con completezza e precisione sui fatti di causa per ottenere la fissazione della materia del contendere e del *thema probandum*, sin dall'inizio del processo.

Si trattava di una conseguenza del modello del processo civile costruito sul principio dispositivo. Alle parti era affidato in via esclusiva il potere di proporre la domanda e di allegare i fatti posti a fondamento della medesima. *“Il potere di allegazione è, infatti, in questi limiti, riflesso processuale dell'autonomia*

³²² Inoltre, nella sentenza n. 761/2002, il giudice di legittimità opera una differenziazione per quanto riguarda gli effetti conseguenti alla mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati, a seconda se si tratti di fatti principali o di fatti secondari.

La “non contestazione” rileva diversamente, a seconda che risulti riferibile a fatti giuridici costitutivi della fattispecie non conoscibili di ufficio, ovvero a circostanze dalla cui prova si può inferire l'esistenza di codesti fatti. Nella prima ipotesi il comportamento della parte costituisce manifestazione dell'autonomia riconoscibile alla parte in un processo dominato dal principio dispositivo, con la conseguenza che il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza; si tratta, quindi, di un ambito di incidenza estraneo alla determinazione del tema *probandum* ed inerente soltanto alla determinazione del tema di fatto che è a base della controversia.

Nella seconda ipotesi, nonostante la mancanza di controversia sulla specifica circostanza, si è fuori del dominio esclusivo dell'autonomia delle parti ed è pur sempre necessario un controllo probatorio, ai fini del quale il comportamento tenuto dalle parti può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, secondo comma c.p.c., non per escludere che, in ordine all'esistenza di quella circostanza egli debba formarsi un convincimento.

*sostanziale delle parti, la quale resterebbe vulnerata, ove soggetta all'iniziativa officiosa; la disponibilità della situazione giuridica sostanziale si atteggia, in sede giurisdizionale, come potere delle parti di determinare l'oggetto della lite”*³²³.

In particolare, l'imposizione al convenuto dell'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi della domanda dell'attore rendeva la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio e, soprattutto, del *thema probandum*.

Dunque, i sostenitori del principio di non contestazione nel processo civile avevano l'esigenza di ancorare l'elaborazione teorica al dato normativo.

Le norme che regolavano l'istruzione probatoria non offrivano appigli letterali sui quali fare leva per affermare la vigenza del principio in esame.

Pertanto, al fine di giustificare il trattamento processuale da riservare ai fatti non contestati, occorreva ricercare altrove un "onere di contestazione", il cui mancato assolvimento avrebbe giustificato l'esclusione dei fatti incontestati dal novero di quelli bisognosi di prova.

La tesi veniva argomentata proprio sulla scorta degli artt. 416 c.p.c. e 167 c.p.c.

In tal senso, si finiva per *"imprigionare il dibattito nella perversa logica delle preclusioni che avvelena da tempo il processo civile"*³²⁴.

L'elaborazione giurisprudenziale del principio di non contestazione ha subito un'ulteriore svolta con la sentenza della Cassazione n. 12636 del 2005 secondo la quale *l'onere di contestazione tempestiva, infatti, non è desumibile soltanto dagli artt. 166 e 416 c. p.c., ma è principio che informa di sé tutto il sistema processuale posto che, per un verso, il carattere dispositivo del processo ne comporta una ineludibile struttura dialettica a catena e che, per altro verso, l'incalzante organizzazione di preclusioni tende ad attribuire alle parti (ad entrambe ed ogni caso) l'onere di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere l'ambito controverso. Peraltro, un onere di contestazione è ricavabile anche dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti, ma, soprattutto, dal generale*

³²³ Cass., SS. UU., n. 761/2002.

³²⁴ B. Sassani, L'onere della contestazione, in www.judicium.it, 2.

*principio di "economia" che deve sempre informare il processo, soprattutto in relazione al fattore "tempo", avendo riguardo al novellato art.111 cost. e tenuto conto che tutti coloro che partecipano al processo (ivi comprese le parti) devono collaborare alla sua ragionevole durata*³²⁵.

Invero, il principio di non contestazione ha assunto una valenza generale con la sentenza della Corte di Cassazione n. 1540 del 2007, la quale ha esteso l'operatività del suddetto principio anche al processo tributario.

Anche nel processo tributario, il giudice deve ritenere che i fatti non espressamente contestati non devono essere provati³²⁶.

Non assumono alcun rilievo, in contrario, le peculiarità del processo tributario, quali il carattere eminentemente documentale dell'istruttoria e l'inapplicabilità della disciplina dell'equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo.

4. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo: la ricostruzione del “principio (o sistema) dispositivo con metodo acquisitivo” e gli ostacoli all’applicazione del principio di non contestazione nel processo amministrativo.

Come illustrato nel primo capitolo, anche il giudice amministrativo fu vincolato alle domande proposte dalle parti. Con il tempo, prevalse la concezione

³²⁵ Per quanto esposto, deve, in definitiva, ritenersi che, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto che sia) un onere di allegazione (e prova), l'altra parte ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e, quindi, non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto, potendo perciò trattarsi anche di un fatto la cui esistenza incide sull'andamento del processo e non sulla pretesa in esso azionata.

³²⁶ Per quanto esposto, deve, in definitiva, ritenersi che, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto che sia) un onere di allegazione (e prova), l'altra parte ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e, quindi, non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto, potendo perciò trattarsi anche di un fatto la cui esistenza incide sull'andamento del processo e non sulla pretesa in esso azionata.

soggettiva della giurisdizione amministrativa, ma l'ingresso del principio di non contestazione nel processo era lontano.

La dottrina che elaborò la nota ricostruzione della ripartizione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti secondo lo schema del "sistema dispositivo con metodo acquisitivo" affrontò indirettamente anche il tema della non contestazione.

Nel processo amministrativo, sebbene "processo di parti", le parti non erano in grado di superare processualmente la situazione di disparità che le distingueva sul piano sostanziale; dunque, mancava un presupposto essenziale affinché potesse applicarsi nel processo amministrativo il metodo dispositivo e, pertanto, occorreva individuare un metodo idoneo ad assicurare la ricerca della verità. Fu ricostruito così il cd. "metodo acquisitivo"³²⁷.

In entrambi i metodi, l'onere di introduzione dei fatti gravava sulle parti; tuttavia, nel metodo dispositivo, sulle parti gravava anche l'onere di disposizione dei fatti stessi; nel metodo acquisitivo, invece, il potere di disposizione dei fatti era in capo al giudice, sulla scorta dell'attività di introduzione dei fatti posta in essere dalle parti.

Orbene, la dottrina in esame ritenne che la mancata contestazione dei fatti allegati da controparte potesse acquistare rilevanza unicamente nel processo di parti nel quale operasse il metodo dispositivo, rappresentando un momento di crisi del funzionamento del sistema della diversità delle parti.

Di regola, tra le affermazioni delle parti vi era contrasto, per la soluzione del quale veniva invocato l'intervento del giudice.

Poteva verificarsi l'ipotesi "estrema" in cui vi era concordia tra le affermazioni delle parti; in tal caso, *"non occorre(va) l'esperimento della prova, ma il fatto deve (doveva) essere egualmente come oggetto di prova in una affermazione probatoria"*.

Infine, poteva verificarsi una terza ipotesi, vale a dire quella in cui le parti non erano né in disaccordo né d'accordo espressamente rispetto all'esistenza o

³²⁷ F. Benvenuti, *L'istruzione*, Padova, 1953, 248 ss., 282 ss.

all'inesistenza di un fatto; *“all'affermazione di una parte non corrisponde(va) l'affermazione dell'altra, e perciò sembra venir meno, con il venir meno del contrasto, il gioco della diversità: in quanto appunto non vi è (era) la tipica manifestazione della diversità e cioè il concorrere delle affermazioni”* (328).

In tal caso, la dottrina escludeva che il giudice potesse indagare d'ufficio l'esistenza della diversità sostanziale extraprocessuale, senza violazione dell'autonomia della parte, costretta a dichiararsi o dichiarandosi in sostituzione (329).

Invero, nel nostro ordinamento, non vi era (e non vi è) l'obbligo di costituirsi in giudizio, affermando le proprie ragioni in fatto e in diritto; né sussisteva l'obbligo di contestare o ammettere le affermazioni probatorie dell'avversario.

La dottrina in esame poneva su piani completamente distinti l'affermazione dei fatti rispetto alla prova degli stessi: *“quanto a questa, infatti, non vi è alcun ostacolo a che il legislatore attribuisca al contegno delle parti un valore di prova, o anche un valore di prova liberamente valutabile dal giudice, com'è secondo il principio generale dell'art. 116 c.p.c.”*(330).

In mancanza di un accordo o di un disaccordo espresso, era *“più naturale pensare non tanto che non vi sia (fosse) diversità quanto che la diversità non abbia (avesse) potuto funzionare* (331)”.

In presenza di un malfunzionamento del sistema occorreva predisporre una risposta da parte del legislatore. Una soluzione poteva essere quella di considerare come veri i fatti non contestati; invero, a differenza di altri ordinamenti, la dottrina ha osservato che la c.d. soluzione della *fictio confessio* era invece adottata nel nostro ordinamento soltanto in via d'eccezione. Dunque, come regola generale, i fatti non contestati dovevano essere provati.

La valenza della non contestazione andava misurata tenendo conto delle scelte e delle opzioni del legislatore.

³²⁸ F. Benvenuti, L'istruzione, Padova, 1953, 221 ss.

³²⁹ F. Benvenuti, L'istruzione, Padova, 1953, 222.

³³⁰ F. Benvenuti, L'istruzione, Padova, 1953, 222, note 60 e 61.

³³¹ F. Benvenuti, L'istruzione, Padova, 1953, 223.

Orbene, se, da una parte, la dottrina in esame riconosceva la possibile rilevanza della mancata contestazione dei fatti allegati da controparte esclusivamente nel processo nel quale vigesse il principio dispositivo, come fenomeno legato all'autonomia delle parti, dall'altra, riteneva che gli effetti processuali del fenomeno della non contestazione dovevano essere indagati a livello di diritto positivo, precisando che il piano dell'allegazione dei fatti andava distinto da quello della relativa dimostrazione probatoria.

Anche nel processo improntato al “*principio dispositivo con metodo acquisitivo*”³³², l'introduzione dei fatti nel processo era sempre riservata alle parti ed era preclusa al giudice, ma a quest'ultimo era conferito il potere-dovere di intervenire nella fase istruttoria, onde determinare nel processo una tale condizione alle parti da ottenere la massima introduzione del fatto³³³.

Tuttavia, nel metodo dispositivo, l'introduzione del fatto rappresenta un mezzo per la disposizione che era rimessa esclusivamente alle parti; nel metodo acquisitivo, invece, l'introduzione del fatto era mezzo per la disposizione, che poteva essere effettuata dalla parte o anche dal giudice³³⁴.

Orbene, nel metodo acquisitivo, la dottrina innanzi richiamata “*nega qualsiasi valore vincolante alla stessa introduzione unilaterale del materiale di fatto, sia nel caso in cui vi sia contestazione sia nel caso che vi sia ammissione dell'avversario; non solo, cioè, non ha valore vincolante l'accordo delle parti, ma neppure l'affermazione che una di esse faccia o la contestazione o la mancata contestazione dell'altra* (335)”.

Le predette affermazioni erano coerenti con le caratteristiche del metodo acquisitivo, nel quale l'introduzione dei fatti nel processo era un compito rimesso alle parti, ma spettava al giudice disporre dei fatti introdotti (336).

³³² F. Benvenuti, *L'istruzione*, Padova, 1953, 248 ss., 282 ss.

³³³ La nota elaborazione del c.d. “principio dispositivo con metodo acquisitivo” del prof. Benvenuti viene ricostruita in questi termini da S. Perongini, *La formula*, II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”, 1999, 305.

³³⁴ S. Perongini, *La formula*, II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”, 1999, 306.

³³⁵ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 284.

³³⁶ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 285.

L'allegazione dei fatti ad opera della parte non poteva vincolare il giudice, perché rispetto ai fatti probatori la parte non aveva nel processo una posizione di autonomia (337).

Nel modello descritto da Benvenuti, le parti si limitavano ad introdurre i fatti in giudizio e non avevano alcuna possibilità di "disporre" sul piano probatorio.

Il metodo acquisitivo non poteva ritenersi compatibile con alcuna norma o principio che vincolasse *ex lege* il giudice nella valutazione probatoria del materiale istruttorio.

Dunque, si ammetteva il potere delle parti di dare impulso al processo e di delimitare il *thema decidendum* ma si negava alle parti di disporre in via esclusiva del *thema probandum*.

Un fatto non contestato era un fatto comunque introdotto, la cui disposizione processuale veniva rimessa all'esercizio dei poteri istruttori del giudice amministrativo.

In tale prospettiva, l'applicazione del principio di non contestazione al processo amministrativo non era ancora possibile (338).

Nel metodo acquisitivo, infatti, "*oltre all'ipotesi di accordo tra le parti, non si manifesta(va) l'effetto della contestazione così come non si manifesta(va) quello della ammissione*". Si tratta di una differenza fondamentale rispetto al metodo dispositivo (339).

³³⁷ F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953 285.

³³⁸ Va osservato che l'elaborazione di Benvenuti ha avuto il pregio di collegare la questione degli effetti della non contestazione non solo al principio dispositivo ma anche alla disposizione processuale dei fatti in giudizio e all'istruzione del processo. Come è stato osservato, invece, la rilevanza sul piano probatorio degli effetti della mancata contestazione dei fatti in giudizio nel processo civile è un'affermazione abbastanza recente della dottrina, strettamente collegata all'elaborazione del principio dispositivo, che lentamente si è andato dipanando dal principio della domanda, differenziandosene.

³³⁹ Ma anche questa differenza se esiste sul piano teorico, è, in pratica, quasi irrilevante. "*Consegue infatti al provvedimento acquisitivo del giudice almeno l'onere della parte, che per quel provvedimento si trovi in una situazione di svantaggio, di introdurre nel processo un fatto che possa determinare nel giudice il dovere di una nuova acquisizione: così che anzi si può dire che, in questo metodo, la contestazione, pur verificandosi soltanto nel piano dell'introduzione, più che esclusa, è prorogata nel tempo anche oltre la fase di introduzione dei fatti; quante volte almeno una nuova introduzione o l'acquisizione di un fatto (introdotto) da parte del giudice valga a far sorgere in una*

La centralità del metodo acquisitivo nelle ricostruzioni dottrinali e l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice amministrativo hanno sempre offuscato l'indagine sulla rilevanza e sugli effetti della mancata contestazione dei fatti allegati da controparte ad opera della parte costituita.

5. Le ragioni della necessità di esaminare la giurisprudenza amministrativa sulla mancata ottemperanza agli ordini istruttori da parte della pubblica amministrazione nell'indagine relativa alla “non contestazione” dei fatti nel processo.

Nel processo amministrativo, in forza del metodo acquisitivo, il giudice ha esercitato ampi poteri istruttori d'ufficio, la cui condizione di esercizio era solitamente rappresentata dall'allegazione di un “principio di prova” ad opera della parte³⁴⁰.

Pertanto, il giudice adottava ordinanze istruttorie, con le quali venivano ordinati incumbenti istruttori all'amministrazione; in caso di mancato adempimento, si poneva il problema delle conseguenze da ricondurre a tale condotta processuale³⁴¹.

Orbene, la disamina delle sentenze che attribuivano una certa valenza alla mancata esecuzione degli incumbenti istruttori da parte della pubblica amministrazione costituisce un momento di riflessione importante per la nostra ricerca.

Infatti, nel processo amministrativo la mancata contestazione dei fatti da parte dell'amministrazione era un episodio frequente; sennonché, in ossequio al

delle due parti una nuova situazione di svantaggio”. In tal senso, F. Benvenuti, *L'istruzione*, 1953, 299.

³⁴⁰ Si veda, prima della emanazione del codice del processo amministrativo, *ex multis*, Cons. di Stato, 29.10.2008 n. 5418, secondo la quale “non sono ammessi approfondimenti in via istruttoria, quando la parte interessata non abbia fornito, quanto meno, un principio di prova in ordine alle circostanze segnalate (nella specie, maggiore recettività dell'Ateneo), a norma degli artt. 112 e 115 c.p.c., in combinato disposto con gli artt. 21, l. n. 1034 del 1971 e 44 del t.u. n. 1054 del 1924, come interpretati dalla giurisprudenza”.

³⁴¹ Cfr. S. Cassarino, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, Milano, 1987, 288.

metodo acquisitivo, il giudice amministrativo ordinava all'amministrazione incombenti istruttori.

L'impressione è quella che la questione degli effetti della mancata contestazione dei fatti da parte dell'amministrazione finiva in secondo piano e non suscitava interesse nello svolgimento del processo; l'attenzione veniva concentrata sulle conseguenze processuali dell'eventuale inottemperanza della pubblica amministrazione all'ordinanza istruttoria del giudice³⁴².

Emblematica è la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 9 del 1960, secondo la quale *“ove si rifletta che su quest'ultima circostanza non vi è stata contestazione da parte delle attuali Amministrazioni ricorrenti, che, nonostante le due pronunzie interlocutorie del Consiglio di g.a., intese a chiarire, col sussidio di atti e documenti, la complessa condotta delle FF. SS, queste sono rimaste ostinatamente sorde alle richieste del Collegio, che per fondamentale principio dispositivo del sistema probatorio degli organi di giurisdizione amministrativa, le parti contendenti hanno l'obbligo giuridico di collaborare col giudice all'accertamento della verità, sicché la parte che, avendo l'obbligo di parlare, tace di fronte a quella che assume una determinata situazione di fatto, “consentire videtur”*.

Dunque, il giudice prendeva atto che l'amministrazione resistente partecipava al giudizio ma non contestava specificatamente un fatto allegato dal ricorrente; tuttavia, la questione delle possibili implicazioni della mancata contestazione veniva assorbita dalla rilevanza del comportamento omissivo dell'amministrazione stessa che non ottemperava agli ordini istruttori del giudice.

Nelle suddette ipotesi di inottemperanza dell'amministrazione, attraverso il richiamo all'art. 116 c.p.c., si attribuiva ad un comportamento processuale rilevanza sul piano probatorio riconoscendogli, in taluni casi, la capacità di condizionamento effettivo del giudice nella valutazione e nella decisione dei fatti controversi.

³⁴² G. Tropea, Considerazioni sul principio di non contestazione, in Dir. proc. amm., 2012,

In altri termini, la questione relativa alle conseguenze della mancata contestazione dei fatti allegati da controparte si è dimostrata recessiva rispetto all'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice nei confronti della pubblica amministrazione.

Tuttavia, la mancata ottemperanza agli ordini istruttori del giudice è un fenomeno processuale distinto dalla mancata contestazione dei fatti allegati dalla controparte, anche nel caso in cui la parte considerata sia la pubblica amministrazione in entrambe le ipotesi.

Il trattamento processuale riservato alla mancata risposta dell'amministrazione alle richieste istruttorie formalmente ordinate dal giudice³⁴³ va tenuto distinto da quello previsto nel caso in cui l'amministrazione mantenga nel corso del processo un comportamento meramente omissivo, in relazione a quanto dedotto e rappresentato dal ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio.

La breve disamina della giurisprudenza sul tema ci consentirà di fissare la differenza tra l'episodio processuale della mancata ottemperanza agli incumbenti istruttori da parte della pubblica amministrazione e la mancata contestazione dei fatti in giudizio, ricavandone "appigli" per non cadere nella tentazione (o meglio, nella confusione) nella quale sembra essere occorso talvolta il giudice amministrativo all'indomani dell'introduzione dell'art. 64, secondo comma, c.p.a.

a) La giurisprudenza sulla mancata ottemperanza agli ordini istruttori dal giudice da parte della pubblica amministrazione.

La giurisprudenza relativa alle conseguenze dell'inerzia della pubblica amministrazione rispetto alla richiesta di adempimenti istruttori da parte del giudice ha espresso tre tendenze: il convincimento che il comportamento della pubblica amministrazione potesse essere valutato come argomento di prova; la tesi che la mancata ottemperanza agli incumbenti istruttori potesse da sola fondare il convincimento del giudice; infine, la ricostruzione secondo la quale la predetta

³⁴³ Sul tema dell'esecuzione degli incumbenti istruttori nel processo amministrativo, si veda S. Cassarino, *Il processo amministrativo*, 1987, 284 ss.

inottemperanza potesse dar vita a presunzioni, in presenza degli elementi di cui all'art. 2729 c.c.³⁴⁴.

In assenza di una disposizione *ad hoc* per il processo amministrativo, sia nella prima che nella seconda tendenza giurisprudenziale la norma di riferimento era l'art. 116 c.p.c., introdotto nel codice di procedura civile del 1940, secondo il quale il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.

Orbene, in caso di inottemperanza dell'amministrazione agli ordini istruttori, la giurisprudenza ha applicato la regola in base alla quale il giudice può desumere argomenti di prova dal contegno tenuto nel processo dalle parti (art. 116 c.p.c.); tuttavia, a seconda dei casi, ne ha ricavato conseguenze processuali differenti.

Secondo un orientamento della giurisprudenza, l'inottemperanza dell'amministrazione alle richieste istruttorie del giudice autorizzava quest'ultimo a trarre da tale omissione conseguenze sfavorevoli ed utili a corroborare quanto eventualmente già emergesse dai dati probatori forniti dal ricorrente, ma non costituiva una circostanza che dovesse necessariamente condurre all'accoglimento del ricorso principale³⁴⁵.

Dunque, l'inottemperanza dell'amministrazione costituiva un argomento di prova, secondo il tenore letterale dell'art. 116 c.p.c., atteso il dovere di lealtà e di cooperazione processuale che incombeva sull'amministrazione.

Invece, un altro indirizzo giurisprudenziale ha sostenuto che, a seguito del comportamento inerte dell'amministrazione, il giudice potesse ritenere come provati i fatti e le circostanze dedotte dal ricorrente.

Talune pronunce, tuttavia, puntualizzavano che nel caso di mancata collaborazione all'attività istruttoria da parte dell'amministrazione, il giudice non

³⁴⁴ In tal senso, si veda A. Degli Esposti, Mancata ottemperanza da parte della pubblica amministrazione dell'ordine giudiziale di esibire documenti ed effetti in tema di istruzione probatoria, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 44-45, 48 ss.

³⁴⁵ In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, IV, 27.06.1989 n. 432; V, 12.11.1985 n. 400; V, 3.10.1984 n. 703; IV, 27.05.1991 n. 453; Cons. Giust. Amm. Sic., 29.06.1989 n. 238, Tar Lazio, II, 12.05.1988 n. 681; Cons. Stato, V, 28.10.1988 n. 622; Cons. Stato, V, 12.06.1987 n. 385.

dovesse, ma potesse ritenere provati i fatti e le circostanze dedotti dal ricorrente, purché non si ponessero in contrasto con gli atti e le risultanze processuali³⁴⁶.

In dottrina è stato sostenuto che *“il giudice può trarre dall’omissione conseguenze utili a corroborare e a rendere definitivamente concludente quanto già emergente dai dati probatori forniti dall’interessato”*.

La predetta tesi è senz’altro condivisibile considerando *“la diversa efficacia probatoria attribuita dal legislatore agli argomenti di prova rispetto alle prove propriamente dette”*³⁴⁷.

In altri termini, l’art. 116 c.p.c. consente al giudice di desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinato e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo³⁴⁸; nel processo amministrativo, inoltre, è stato affermato che il giudice possa desumere argomenti di prova anche dalla inottemperanza all’ordinanza da parte della pubblica amministrazione.

Orbene, se il fondamento normativo della suddetta conseguenza sul piano probatorio è l’art. 116 c.p.c. non è corretto andare oltre la sua formulazione; il giudice può desumere “argomenti di prova” che non sono prove vere e proprie.

In definitiva, l’inerzia dell’amministrazione di fronte all’ordine istruttorio del giudice produce conseguenze negative sul piano probatorio inquadrabili in termini di “argomenti di prova”.

³⁴⁶ Più recentemente si veda, Tar Campania, IV, 23.03.2010 n. 1578 secondo la quale “In presenza di un’istruttoria disposta e non adempiuta dalla p.a., il giudice amministrativo, in applicazione della regola di giudizio di cui all’art. 116 comma 2, c.p.c. può dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, ove tale conclusione, come nel caso di specie, non si ponga in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa”; inoltre, in tal senso, Tar Milano, III, 09.02.2010 n. 330; Consiglio di Stato, 15.05.2008 n. 2247; Tar Parma, I, 15.05.2008 n. 248; Tar Napoli, 04.12.2008 n. 20884.

³⁴⁷ In tal senso, si veda A. Degli Esposti, Mancata ottemperanza da parte della pubblica amministrazione dell’ordine giudiziale di esibire documenti ed effetti in tema di istruzione probatoria, in Dir. Proc. Amm., 1989, 48, alle cui riflessioni si rinvia.

³⁴⁸ Cfr. *ex multis* Cassazione Civile, sez. III, sentenza 18 aprile 2007, n. 9294, Cassazione Civile, SS.UU., sentenza 7 ottobre 2008, n. 24711, Cassazione Civile, sez. I, sentenza 8 maggio 2009, n. 10585, Cassazione Civile, sez. I, sentenza 26 maggio 2009, n. 12138, Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 29 settembre 2009, n. 20844 e Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 5 ottobre 2009, n. 21209 .

Pertanto, l'inottemperanza agli incumbenti istruttori da parte dell'amministrazione può essere valutata applicando l'art. 116 c.p.c.; tuttavia, la stessa conclusione non può essere recepita apoditticamente anche per la mancata contestazione dei fatti in giudizio, costituendo quest'ultima un fenomeno processuale distinto.

6. La legge n. 69/2009 e la modifica dell'art. 115 c.p.c.. La giurisprudenza amministrativa rivendica l'operatività del "principio di non contestazione" anche nel processo amministrativo prima dell'emanazione del codice. L'art. 64, secondo comma, c.p.a.

Dopo un lungo percorso di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, il principio di non contestazione è stato affermato a livello di diritto positivo nell'ordinamento processuale civile.

La legge 69/2009 ha novellato l'art. 115 c.p.c., il quale, in base all'attuale formulazione, prevede che *"salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita"*³⁴⁹.

Orbene, all'indomani della riforma del processo civile del 2009, va segnalato l'interesse del giudice amministrativo per il principio di non contestazione³⁵⁰.

Invero, la modifica dell'art. 115 c.p.c. ha rappresentato un momento significativo del "difficoltoso trapianto" del c.d. principio di non contestazione nel processo amministrativo³⁵¹, conclusosi (o forse è più corretto dire, avviatosi seriamente) con l'emanazione del Codice, il quale all'art. 64, secondo comma, sancisce –sulla falsariga dell'art. 115 c.p.c. - che *"salvi i casi previsti dalla legge,*

³⁴⁹ Sulla novella dell'art. 115 c.p.c. si vedano S. Del Core, Il principio di non contestazione è divenuto legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi, in Giust. Civ., 2009, 273 ss.; G. Ianniruberto, Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c., in Giust. Civ., 2010, 309 ss.

³⁵⁰ Si veda, in tal senso, Tar Piemonte, 29.01.2010 n. 454.

³⁵¹ Ha sottolineato le difficoltà del "trapianto" del principio di non contestazione nel processo amministrativo G. Tropea, Considerazioni sul principio di non contestazione, in Dir. proc. amm., 2012, 1182, al quale si rinvia per un'attenta disamina delle prime sentenze del giudice amministrativo che espressamente fanno riferimento al principio di non contestazione.

il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”.

7. I primi orientamenti della giurisprudenza amministrativa sull'applicazione del c.d. “principio di non contestazione” dopo l'introduzione dell'art. 64, secondo comma, c.p.a.

All'indomani dell'emanazione del codice del processo amministrativo, il riferimento del giudice amministrativo al c.d. “principio di non contestazione” e all'art. 64, secondo comma, c.p.a. è risultato talvolta poco convincente; in taluni casi, addirittura, *“sembra che sia effettuato in modo per lo più retorico/rafforzativo delle tesi sostenute, se non addirittura erroneo”*³⁵².

Possono enuclearsi diversi orientamenti della giurisprudenza circa l'individuazione delle conseguenze processuali della mancata contestazione dei fatti allegati da una parte ad opera di un'altra costituitasi.

La disamina delle prime pronunce del giudice amministrativo in materia evidenzia alcune questioni che dovranno successivamente essere indagate.

Un primo orientamento della giurisprudenza richiama indistintamente sia l'art. 64, secondo comma, c.p.a. sia l'art. 64, ultimo comma, c.p.a.³⁵³.

³⁵² G. Tropea, Considerazioni sul principio di non contestazione, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1178.

³⁵³ In tal senso, Tar Piemonte, 25.02.2011 n. 196, secondo la quale *“deve essere rilevato che l'assenza di ogni difesa da parte dell'Amministrazione comporta l'applicazione del principio di non contestazione ex art. 64, comma 2, D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, cd. “Codice del processo amministrativo”*), ovvero, argomenti di prova sfavorevoli ex art. 64, co. 4, medesimo testo, dovendosi ricavare che, rispetto a quanto dedotto in ricorso e asserito da questo Collegio, l'Amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre”; Tar Campania, Napoli, IV, 28.10.2011 n. 5051 secondo la quale *“per quanto riguarda lo specifico caso in esame il Collegio osserva che l'Amministrazione, oltre a non aver ottemperato allo specifico ordine di riesame contenuto nell'ordinanza sospensiva n. 465/2010, non ha preso posizione sulle censure relative all'erroneità dei quesiti che parte ricorrente ha compiutamente formulato (allegando al riguardo una cospicua relazione formulata da esperti del settore). In tal senso l'Amministrazione non ha mosso alcuna contestazione in ordine a tale punto ed, in particolare, non ha allegato in giudizio elementi volti di smentire le denunce di erroneità lamentate nei motivi di ricorso e specificatamente articolate dalla perizia di controparte. Inoltre, non ha in sede difensiva nemmeno contestato l'infondatezza delle circostanze poste a base del motivo di ricorso omettendo di prendere una chiara posizione sul punto. In tale contesto appare*

In altri termini, al fine di porre a fondamento della sua decisione i fatti incontestati tra le parti, il giudice ha fatto riferimento sia all'art. 64, secondo comma, c.p.a. sia all'art. 64, ultimo comma, c.p.a.; quest'ultimo, tuttavia, non si riferisce alla mancata contestazione dei fatti in giudizio, ma prevede che il giudice “può (possa) *desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo*”³⁵⁴, in particolare dalla mancata ottemperanza agli ordini istruttori del giudice.

Dunque, la predetta giurisprudenza ha erroneamente sovrapposto le discipline relative a due “episodi processuali” distinti, vale a dire la mancata contestazione dei fatti ad opera delle parti costituite e la mancata ottemperanza agli ordini istruttori del giudice.

Un secondo orientamento giurisprudenziale, invece, sembra aver effettuato la predetta distinzione evidenziando che, ai sensi dell'art. 64, secondo comma, c.p.a., i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione, senza alcuna discrezionalità per il giudicante, che invece è prevista solo dall'ultimo comma dell'art. 64, secondo il quale “*il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo*”³⁵⁵.

applicabile, oltre che il comma 4 dell'art. 64, del codice del processo amministrativo - che, similmente all'art. 116 del codice di procedura civile, consente al giudice di desumere elementi di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel processo - anche e principalmente il comma 2 del medesimo articolo che detta il principio di non contestazione, ponendo in capo all'Amministrazione un preciso onere processuale di assumere una esatta posizione in ordine ai fatti allegati da controparte”; Tar Liguria, Genova, II, 15.02.2012 n. 291, secondo la quale “in caso di controversia concernente l'accertamento dell'inefficacia di un'autorizzazione alla sub concessione ex art. 45-bis c. nav., il totale silenzio sul punto da parte dell'amministrazione costituita autorità demaniale, autorizzante l'affidamento in questione, è qualificabile alla stregua del principio di non contestazione, consolidato ora nell'art. 64 comma 2 c.p.a., ovvero in termini di argomenti di prova sfavorevoli ex art. 64 comma 4, medesimo testo, dovendosi ricavare che, rispetto a quanto dedotto in ricorso sul punto in contestazione, l'Amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre”; si veda, inoltre, Tar Lazio, I, 9.1.2014 n. 201.

³⁵⁴ G. Tropea, Considerazioni sul principio di non contestazione, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1181 ss.

³⁵⁵ Si veda Tar. Campania, Napoli, 8.3.2012 n. 1204.

Invero, ad avviso di quest'ultimo orientamento, la non contestazione dei fatti allegati dalla controparte fa assurgere a prova piena quanto semplicemente dedotto e allegato dalla parte ricorrente, senza che il giudice possa ricorrere ai suoi poteri acquisitivi per accertare i fatti non oggetto di contestazione³⁵⁶.

Orbene, anche in tal caso il ragionamento del giudice rischia di rivelarsi fuorviante, dal momento che l'art. 64, secondo comma, c.p.a. non attribuisce ai fatti non contestati il valore di "prova".

Tuttavia, il predetto orientamento si rivela interessante perché richiama l'attenzione dell'interprete sul tema dell'interferenza tra il c.d. "principio di non contestazione" e l'esercizio d'ufficio dei poteri istruttori del giudice³⁵⁷.

Secondo un terzo orientamento, il giudice amministrativo, da una parte, afferma di porre a base della sua decisione i fatti non contestati sulla scorta dell'operatività del principio di non contestazione nel processo amministrativo, dall'altra, il richiamo al predetto principio serve soltanto a corroborare la tesi della veridicità di determinati fatti, che già emerge dalle risultanze documentali o da altre prove acquisite al processo³⁵⁸.

Orbene, nelle suddette pronunce, deve ritenersi che i fatti non contestati siano posti a fondamento della decisione in quanto effettivamente provati, vale a dire in

³⁵⁶ Si vedano Tar Campania, Napoli, VII, 5.05.2011 n. 2463; Tar. Campania, Napoli, 9.02.2012 n. 707; Tar Liguria, Genova, II, 15.02.2012 n. 291; Tar. Campania, Napoli, 8.3.2012 n. 1204; Tar. Campania, Napoli, 22.03.2012 n. 1444; Tar. Campania, Napoli, 6.09.2012 n. 3761; Tar Umbria, Perugia, I, 18.02.2013 n. 85.

³⁵⁷ Si veda, Tar Catania, Sicilia, 01.08.2011 n. 2044 secondo la quale "*Nel sistema della giustizia amministrativa, se vi sia un fatto incerto, in quanto contestato dalla stessa amministrazione costituita, ma non supportato da documenti dalla stessa prodotti in giudizio, il giudice, al fine di chiarire i contorni del giudizio, potrà disporre l'acquisizione (ex art. 64, comma 3, c.p.a.); analogamente, potrà farlo ove le contrapposte produzioni documentali non siano sufficienti a chiarire i contorni del giudizio. Se il medesimo fatto, invece, seppur non corroborato da una esaustiva produzione documentale, sia posto a fondamento delle doglianze e l'Amministrazione, seppur costituita, non lo contesti, per il disposto di cui al comma 2 dello stesso art. 64 c.p.a., va ritenuto provato e, quindi, a fronte della doverosità di formazione del convincimento ivi espressa, non è dato al giudice accedere alla possibilità di acquisizione documentale*"; inoltre, Tar Lombardia, Brescia, II, 14.11.2012 n. 1787; Tar Campania, Napoli, VII, 06.09.2012 n. 3761.

³⁵⁸ Tar Lazio, Roma, II, 19.12.2012 n. 10638; Tar. Umbria, Perugia, 10.5.2013 n. 281; Tar. Basilicata, Potenza, I, 21.06.2013, n. 361.

quanto il giudice, in base ai riscontri probatori acquisiti, si è convinto della veridicità di una determinata ricostruzione dei fatti.

Il giudizio sul fatto costituisce l'esito di una istruzione processuale effettivamente espletata. Dunque, in tali fattispecie, un determinato fatto è posto a fondamento della decisione da parte del giudice, non tanto perché è incontestato, ma perché esso risulta provato.

In quest'ottica, la mancata contestazione dei fatti viene richiamata dal giudice nel quadro probatorio, quasi come se si trattasse di una prova.

Dunque, seppure non in maniera espressa, la mancata contestazione dei fatti viene qualificata come una condotta processuale che ha una valenza probatoria.

Orbene, non vi è nessuna indicazione esplicita del legislatore in tal senso.

A tal proposito, va richiamata una recente sentenza del Consiglio di Stato³⁵⁹ secondo la quale, invece, l'operatività del principio di non contestazione presuppone proprio che i fatti non possano essere ricostruiti alla luce della documentazione prodotta in giudizio.

Orbene, gli orientamenti giurisprudenziali dimostrano poca chiarezza circa l'esatta individuazione degli effetti processuali della non contestazione³⁶⁰.

Solo all'esito di tale indagine, sarà possibile verificare le interferenze tra la mancata contestazione di un fatto allegato da una parte ad opera di un'altra e le altre risultanze probatorie acquisite al processo.

8. Considerazioni conclusive sulla ricostruzione delle origini della non contestazione nel processo civile e nel processo amministrativo.

La disamina delle elaborazioni sul principio di non contestazione maturate nell'ambito del processo civile si è rivelata indispensabile ai fini della presente indagine.

³⁵⁹ Consiglio di Stato, 9.04.2013 n. 1906.

³⁶⁰ Ancora, va segnalata la sentenza del Tar Umbria, Perugia, 9.10.2013 n. 487 secondo la quale il giudice può “*dare per certa l'esistenza di un fatto*”, prescindendo dalla relativa acquisizione documentale, nel caso di mancata contestazione ad opera di una parte di un fatto allegato in giudizio dall'altra.

Era necessario esaminare il terreno processuale nel quale l'operatività del c.d. principio di non contestazione è stata a lungo coltivata, in assenza di una espressa previsione legislativa.

La storia dell'elaborazione del c.d. principio di non contestazione nel processo civile è servita a contestualizzarne la sua portata nel processo; ad evidenziarne il legame con la domanda e con la disposizione processuale dei fatti; a fornire indicazioni importanti che vanno tenute presenti nell'esegesi del dato normativo attualmente vigente.

Senza dubbio l'evoluzione del dibattito sulla differenza tra principio della domanda, inteso come riflesso della disponibilità della tutela giurisdizionale, e principio dispositivo, come espressione di una scelta del legislatore sul campo dell'istruzione, ha influenzato l'operatività e l'individuazione del fondamento del principio di non contestazione nel nostro ordinamento.

Non a caso, per le ragioni storiche innanzi descritte, l'applicazione del principio di non contestazione nel processo amministrativo è stata offuscata dall'utilizzo del metodo acquisitivo.

Orbene, all'indomani dell'innesto del c.d. principio di non contestazione all'interno del processo amministrativo, la sfida per l'interprete è proprio quella di individuarne il fondamento logico e quello dogmatico, di verificarne la sua compatibilità con il sistema processuale, chiarendone la portata e armonizzandone l'applicazione con le altre previsioni di legge.

Non si può ricavare dalla semplice introduzione dell'art. 64, secondo comma, c.p.a., la connotazione di un intero sistema processuale in chiave dispositiva³⁶¹.

In ogni caso, il fatto che il legislatore abbia introdotto all'interno del codice del processo amministrativo una norma di tal genere – trapiantandola dal processo civile - può sollevare metodicamente il dubbio che, sulla scorta della nuova

³⁶¹ È condivisibile l'opinione di F. Follieri, Il principio di non contestazione nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1012 ss., il quale sostiene che la “previsione del principio di non contestazione non può essere considerata, ex se, né indice della disponibilità della domanda o dell'oggetto del processo, né dell'accentuazione della caratterizzazione del processo amministrativo” e insiste sulla necessità di chiarire, innanzitutto, “la portata del principio dispositivo nell'istruttoria del processo amministrativo”.

disciplina, il processo amministrativo debba acquisire un volto nuovo rispetto alla ricostruzione tradizionale.

Come è stato osservato in dottrina³⁶², infatti, l'art. 64, secondo comma, c.p.a. “*fa risaltare ancora una volta il carattere dispositivo del processo amministrativo*”, che merita di essere indagato e ricostruito alla luce delle disposizioni dettate dal codice del processo amministrativo.

Le questioni che meritano approfondimento sono proprio quelle relative alle interferenze tra i poteri del giudice amministrativo e la mancata contestazione dei fatti ad opera dalle parti costituite.

³⁶² F. G. Scoca, Commento all'art. 64 c.p.a., Il principio di non contestazione, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011, 550.

SEZIONE SECONDA

LA “NON CONTESTAZIONE” NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Le conseguenze della “non contestazione” sugli oneri delle parti e sui poteri del giudice. Sviluppi dell’indagine. 2. Il significato della “non contestazione” nel processo amministrativo. a) la “non contestazione” è rilevante ai sensi dell’art. 64, secondo comma, c.p.a. solo se riguarda i fatti. b) l’ammissione esplicita o implicita di un fatto come “non contestazione”. c) la contestazione generica come “non contestazione”: presupposti. d) La proposizione di un’eccezione come “comportamento non contestativo”: l’eccezione di rito senza contestazione specifica dei fatti *ex adverso* allegati e l’eccezione di merito incompatibile con la negazione dei fatti costitutivi della domanda (eccezione di pagamento, eccezione di compensazione, eccezione di prescrizione). e) La proposizione del ricorso incidentale o della domanda riconvenzionale può valere come comportamento non contestativo. f) considerazioni conclusive. 3. La rilevanza nel processo della mancata contestazione di un fatto presuppone l’idoneità dell’allegazione del fatto. 4. Gli atti processuali attraverso i quali le parti allegano i fatti nel processo e l’individuazione dei fatti rispetto ai quali si applica il cd. principio di non contestazione. 5. Le relazioni tra “allegazione”, “contestazione” e “onere della prova” nel processo. 6. Sui tempi della contestazione (e della “non contestazione”) nel processo amministrativo. a) Premessa. b) I tempi della contestazione nel processo civile. c) I tempi della contestazione nel processo amministrativo. 7. La “non contestazione” e i poteri del giudice. 8. La “non contestazione” nel processo non ha valore negoziale. 9. La rilevanza dei fatti non specificatamente contestati nella determinazione del *thema probandum*. a) *la non contestazione non è uno strumento di fissazione formale dei fatti nel giudizio*. b) *la rilevanza dei fatti non specificatamente contestati sul piano probatorio: la “non necessarietà” della prova. Le interferenze della “non contestazione con i poteri istruttori del giudice*. 10. La relazione tra i fatti non contestati e le risultanze probatorie acquisite al processo.

1. Le conseguenze della “non contestazione” sugli oneri delle parti e sui poteri del giudice. Sviluppi dell’indagine.

La seconda sezione del presente capitolo ha ad oggetto la ricostruzione del fenomeno della “non contestazione” nella dinamica del processo amministrativo.

L’art. 64, secondo comma, c.p.a., stabilisce che *“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”*.

La norma contenuta nell’art. 64, secondo comma, c.p.a. si rivolge alle parti costituite e al giudice.

Alla duplicità dei destinatari corrisponde una duplicità di funzioni.

L'art. 64, secondo comma, c.p.a. si rivolge alle "parti costituite", attribuendo una precisa rilevanza processuale al comportamento di "non contestazione" da parte delle stesse. Se le parti non contestano specificatamente i fatti *ex adverso* allegati, il giudice deve porre i fatti "incontestati" a fondamento della sua decisione, senza l'intermediazione delle prove.

In altri termini, dal comportamento non contestativo delle parti derivano determinate conseguenze processuali.

Allo stesso tempo, l'art. 64, secondo comma, c.p.a. si rivolge al giudice, il quale deve porre a fondamento della sua decisione le prove proposte dalle parti e i fatti non specificatamente contestati, prescrivendo una vera e propria regola di giudizio.

L'esegesi dell'art. 64, secondo comma, c.p.a. pone diverse questioni; innanzitutto quella dell'individuazione delle fattispecie di "non contestazione" che assumono rilevanza all'interno del processo amministrativo, con riferimento all'oggetto del giudizio e ai soggetti che vi partecipano; la descrizione degli effetti della mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati rispetto ai poteri del giudice e agli oneri delle parti nella dinamica del processo amministrativo; infine, l'individuazione del valore che i fatti non contestati assumono nella fase decisoria.

Si è scelta una prospettiva di indagine che prova a scomporre i diversi profili problematici. In particolare, alla duplicità di regole e di destinatari individuati dall'art. 64, secondo comma, c.p.a. corrispondono anche i due piani della presente indagine.

Innanzitutto, si cercherà di delimitare la nozione di "*fatti non specificatamente contestati*" nel processo amministrativo e verranno esaminate le conseguenze della mancata contestazione rispetto agli oneri processuali delle parti.

Successivamente, saranno accertate le conseguenze della "*non contestazione*" rispetto ai poteri istruttori e ai poteri decisori del giudice.

2. Il significato della "non contestazione" nel processo amministrativo

Uno dei profili problematici che emerge dalla formulazione dell'art. 64, secondo comma, c.p.a. è la delimitazione della nozione di “*fatti non specificatamente contestati*” e l'individuazione dei comportamenti processuali idonei ad integrare la “non contestazione” dei fatti.

Innanzitutto, si tratta di verificare in quali ipotesi i fatti allegati da una parte debbano ritenersi “*non specificatamente contestati*”.

Orbene, occorre verificare se la “non contestazione” è rilevante ai sensi dell'art. 64, secondo comma, c.p.a. solo se riguarda i fatti; che l'ammissione esplicita o implicita e la contestazione generica di un fatto sostanziano fattispecie sussumibili nella “non contestazione”; che la formulazione delle eccezioni può integrare una ipotesi di “non contestazione”, ad esempio nel caso della proposizione di un'eccezione di rito senza contestazione specifica dei fatti *ex adverso* allegati o di un'eccezione di merito incompatibile con la negazione dei fatti costitutivi della domanda (eccezione di pagamento, eccezione di compensazione, eccezione di prescrizione).

a) la “non contestazione” è rilevante ai sensi dell'art. 64, secondo comma, c.p.a. solo se riguarda i fatti.

Oggetto della contestazione possono essere sia la ricostruzione dei fatti sia le deduzioni di diritto formulate dalla parte che invoca specifica tutela dinanzi al giudice.

Tuttavia, l'art. 64, secondo comma, c.p.a. fa espressamente riferimento ai fatti, escludendo che la mancata contestazione delle questioni giuridiche prospettate da una parte possa produrre effetti sul piano probatorio e sulla formazione della decisione da parte del giudice.

Dunque, ai sensi dell'art. 64, secondo comma, c.p.a., la “non contestazione” deve fondamentalmente riguardare i fatti da accertare in giudizio e non la determinazione della loro rilevanza giuridica ³⁶³.

³⁶³ Cass., SS. UU., n. 761/2002. Si veda A. Proto Pisani, Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo, in Foro. It., 2003, 607-608 il quale sostiene che “*la non contestazione come comportamento processualmente rilevante e vincolante per il*

Il dato letterale dell'art. 64 c.p.a.³⁶⁴ è chiaro e non sembra lasciare spazio ad ulteriori dubbi³⁶⁵.

Non si può sottrarre al giudice la funzione di interpretazione e di applicazione della legge.

Può discutersi se oggetto della contestazione debbano essere soltanto i fatti sostanziali, riguardanti la fattispecie sottoposta alla cognizione del giudice, vale a dire i fatti costitutivi, modificativi o estintivi o impeditivi della pretesa di merito azionata o anche i fatti processuali.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha più volte affermato che il “principio di non contestazione” non trovi applicazione rispetto ai fatti processuali, sebbene occorra distinguere nettamente, ad esempio, tra la questione processuale della proponibilità della domanda giudiziale (rilevabile di ufficio) e le circostanze di fatto condizionanti detta proponibilità³⁶⁶.

Dunque, il meccanismo della non contestazione non opererebbe con riferimento alle questioni processuali che, tra l'altro, sono rilevabili d'ufficio.

Tuttavia, se una parte solleva una questione processuale e allega i relativi fatti comprovanti la sua tesi, grava sull'altra parte costituitasi in giudizio la necessità di contestare specificatamente i suddetti fatti; diversamente, si

giudice concerne solo i fatti e non l'applicazione di norme giuridiche (e il rilievo è di notevole importanza ai fini dell'interpretazione di numerose disposizioni di legge: si pensi agli art. 186 bis, 423, primo comma, 663 c.p.c.)”.

³⁶⁴ Vale lo stesso anche per l'art. 115 c.p.c. Gli effetti della non contestazione non possono estendersi anche alle questioni giuridiche, ancorchè dedotte in via di eccezione, sulle quali il giudice deve pronunciarsi secondo diritto ed eventualmente deve rigettarle se infondate, seppure condivise dalle altre parti costituite in giudizio. Si veda Cass. Civ., I, 10.04.2012

³⁶⁵ Sulla riferibilità della non contestazione solo ai fatti oppure anche ai diritti e più generale alle valutazioni giuridiche, si veda M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*,..., 29, il quale sostiene che “è peraltro altrettanto difficile accettare, saltando il fosso, che le parti possano, dando la cosa pacifica e non contestandola, vincolare il giudice all'applicazione di una data norma: nessuno, credo, sarebbe mai disposto ad accettare che, avendo le parti pacificamente ritenuto che quella certa responsabilità, della quale si discute, abbia natura contrattuale, il giudice non possa (previamente sollecitando il contraddittorio sul punto) ritenere viceversa la sua natura extracontrattuale”.

³⁶⁶ Cass. 29.12.2004 n. 24103.

produrranno le conseguenze derivanti dalla mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati previsti dall'art. 64, secondo comma, c.p.a.

b) l'ammissione esplicita o implicita di un fatto come "non contestazione"

Se una parte del giudizio, diversa da quella che allega un determinato fatto, ne ammette l'esistenza, il fatto deve ritenersi "non contestato".

La mancata contestazione di un fatto si realizza senz'altro nell'ipotesi in cui, rispetto alla ricostruzione dei fatti dedotta da una parte, la controparte ammette la loro veridicità storica nei propri scritti difensivi.

In altri termini, è come se la parte resistente ponesse a base della sua difesa gli stessi fatti dedotti dal ricorrente, offrendone una diversa interpretazione giuridica, a sé favorevole.

Dunque, la parte resistente (l'amministrazione) può costituirsi in giudizio, può convenire sulla rappresentazione dei fatti contenuta nel ricorso introduttivo, contestando le argomentazioni di diritto e le conseguenze giuridiche invocate dal ricorrente (l'annullamento dell'atto) ³⁶⁷.

Orbene, il fatto, sul quale vi è concordia ricostruttiva delle parti, deve ritenersi incontestato e trova applicazione l'art. 64, secondo comma, c.p.a. (ammissione esplicita) ³⁶⁸.

Inoltre, può verificarsi che una parte non assuma una posizione esplicita di contestazione rispetto ai fatti allegati da controparte ma ponga in essere una difesa

³⁶⁷ Un soggetto può anche costituirsi in giudizio e riconoscere la fondatezza della domanda avversaria; in tal caso, il giudice potrà desumerne il riconoscimento della verità dei fatti allegati dall'attore e potrà dispensare quest'ultimo dall'onere della prova.

³⁶⁸ Si tenga presente che "ammissione di un fatto" non equivale a "confessione" (). Sulla differenza tra ammissione e confessione si veda Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 423. Si veda, inoltre, Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2004, 124, il quale osserva che "*l'adesione del convenuto alla domanda del convenuto può implicare il riconoscimento di fatti costitutivi allegati dall'attore o addirittura accompagnarsi ad un riconoscimento esplicito di quei fatti; ma neppure ciò serve per un automatico accoglimento della domanda, che è rimesso alla valutazione e al sindacato del giudice; soltanto nel caso in cui l'esplicito riconoscimento assumesse i caratteri della confessione, il giudice sarebbe vincolato nella sua valutazione; (...) resta comunque fermo che in tal caso ciò che vincola il giudice è la confessione e non il fatto che il convenuto chieda l'accoglimento della domanda dell'attore*".

impostata su circostanze e argomentazioni incompatibili con il disconoscimento dei fatti costitutivi posti a base della domanda o della eccezione, senza riferirsi direttamente ai fatti allegati dalla controparte e senza negarli esplicitamente.

In tal caso, la non contestazione dei fatti *ex adverso* allegati risulta implicitamente dalla linea difensiva posta in essere dalla controparte³⁶⁹.

Nella suddetta ipotesi, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, i fatti possono ritenersi implicitamente ammessi³⁷⁰.

Può verificarsi, infine, che un soggetto si sia limitato a contestare esplicitamente alcune circostanze, con ciò riconoscendo implicitamente le altre.

In definitiva, l'ammissione esplicita e l'ammissione implicita dei fatti rappresentano le ipotesi più risalenti in riferimento alle quali la giurisprudenza ha riconosciuto l'operatività delle regola della mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati³⁷¹; tuttavia, essa non esaurisce l'ambito della rilevanza della mancata contestazione dei fatti³⁷².

c) la contestazione generica come “non contestazione”: presupposti.

Gli artt. 115 c.p.c. e 64 c.p.a. prevedono che il giudice ponga a fondamento della sua decisione i fatti non specificatamente contestati.

³⁶⁹ Cfr. S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in A. SCIALOJA E G. BRANCA (a cura di), Commentario del codice civile, Roma-Bologna, 1987, 72 il quale riporta il seguente esempio particolarmente chiaro: “Tizio chiede l'esecuzione di un contratto, Caio eccepisce la compensazione o assume che la sua volontà era viziata da errore o dolo. Così facendo Caio non contesta che il contratto sia stato stipulato e pertanto Tizio non è tenuto a fornire la prova della stipulazione stessa”. Sul punto, si veda anche sub lettera d).

³⁷⁰ Per il processo civile, è infatti noto che -già molto prima della modifica dell'articolo 115 comma 1 c.p.c. ad opera della legge 69/2009 ed ancor prima delle sentenze di Cass. Sez. Un. n. 761/2002 e 11353/2004, interventi normativi e giurisprudenziali che hanno introdotto nell'ordinamento l'onere di specifica contestazione- si era comunque sempre ritenuto non contestato un fatto non solo nel caso di sua espressa ammissione, ma anche nel caso di contestazione di una parte sola delle circostanze dedotte, ed altresì nel caso di linea difensiva incentrata su argomenti incompatibili con il disconoscimento. In tal senso, si vedano Cass., 26.08.1986 n. 5229; Cass., 5.12.1992 n. 12947; Cass., 20.05.1993 n. 573; Cass., 23.05.1995 n. 5643; Cass. 18.7.1997 n. 6623; Cass., 13.10.1999 n. 11513; Cass. n. 2524/1999; Cass. n. 1213/1999; Cass. n. 4687/1999; Cass., 8.8.2000 n. 10434; Cass. n. 14880/2002; Cass. Civ., 18.05.2011; Trib. Reggio Emilia, 14.6.2012.

³⁷² I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in Giur. It., 2011, 237.

Dunque, viceversa, si richiede che le parti contestino specificatamente i fatti se vogliono evitare la produzione degli effetti sfavorevoli scaturenti dalle predette disposizioni legislative.

Il soggetto che intende contestare deve negare la verità dei fatti allegati dall'altra parte in maniera specifica e precisa. “*Specificatamente*” implica che debba emergere chiaramente una posizione diversa e incompatibile con la ricostruzione in fatto prospettata dall'altra parte.

Innanzitutto, occorre chiarire il valore del silenzio, vale a dire il trattamento processuale riservato alle ipotesi nelle quali la parte non assume alcuna posizione di contrasto o di conferma rispetto alle altrui allegazioni fattuali.

L'avverbio “*specificatamente*” potrebbe suggerire la necessità di una contestazione espressa.

Tale tesi non può essere sostenuta.

Non vi è un'equivalenza tra “contestazione specifica” e “contestazione espressa”³⁷³.

A tal proposito, è stato osservato che la “non contestazione” può derivare anche dall'allegazione di fatti che presuppongono logicamente l'esistenza dei fatti allegati dalla controparte e che, dunque, ne forniscono implicita conferma.

L'interpretazione del comportamento processuale di una parte non può fermarsi al riscontro del silenzio su determinate circostanze fattuali allegate dalla controparte, ma richiede la valutazione della strategia difensiva nel suo complesso.

Alla stesso modo, la contestazione di un fatto potrebbe derivare dall'allegazione di fatti incompatibili logicamente con quelli *ex adverso* allegati

³⁷⁴.

³⁷³ Riferita al comportamento valutabile come contestazione, l'opposizione specifico/generico non è semanticamente omogenea all'opposizione “diretto/indiretto”, sul punto di veda B. SASSANI, *L'onere di contestazione*, in www.judicium.it

³⁷⁴ In tal senso, si veda Cons. Stato, V, 20.08.2013 n. 4194, secondo la quale “*la narrazione di fatti incompatibili con le affermazioni della parte avversa, purché riferibili in modo specifico, ancorché in modo non espresso, è compatibile con i requisiti di necessaria specificità della contestazione, oggi codificati nell'art. 64, comma 2, c.p.a., perché tale impostazione è coerente con il dato letterale (il Legislatore richiede la*

Diversa è, invece, l'ipotesi in cui una parte si costituisce in giudizio con una memoria di stile, rimanendo silente sulle altrui allegazioni. In tal caso, ad esempio, il silenzio equivale alla "non contestazione".

La questione è che l'espressione "specificatamente" non aiuta a chiarire quale debba essere analiticamente il significato della contestazione ³⁷⁵; è difficile enucleare regole generali che prescrivano quando il fatto possa ritenersi sufficientemente contestato.

Una strada più agevole può essere, invece, l'individuazione dei comportamenti processuali che senz'altro possono definirsi "non contestativi".

Stante il tenore letterale dell'art. 64 c.p.c., è evidente che la parte non possa limitarsi né alla semplice negazione del fatto né ad una contestazione generica ³⁷⁶;

"specificità", e non un richiamo "espresso"); coerente con i principi generali (in particolare, quello del raggiungimento dello scopo); coerente con la ratio sottesa alla novella del 2009, non infliggendo in alcun modo un vulnus al diritto di difesa, assicurando pur sempre un contraddittorio leale".

In senso contrario, invece, si veda M. TARUFFO, *I fatti non contestati*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 486 ss., e la bibliografia ivi richiamata, secondo il quale "poiché la contestazione, per avere effetto deve essere specifica, va ulteriormente precisato che essa deve essere espressa, poiché qualunque comportamento che non si traduca in una negazione esplicita e precisa del fatto allegato non può equivalere implicitamente ad una contestazione specifica di esso. Non appare allora attendibile la tesi, diffusa anche in giurisprudenza, secondo la quale la contestazione potrebbe anche essere implicita, qualora derivasse da attività difensive incompatibili con la volontà di contestare il fatto". L'Autore prosegue sostenendo che "la specificità della contestazione espressa implica inoltre che essa non possa limitarsi alla mera negazione di ciò che l'altra parte ha allegato, poiché in tal modo si avrebbe solo una contestazione generica. La contestazione dovrebbe comunque consistere nella formulazione di una descrizione diversa e alternativa dei fatti che sono stati allegati". Orbene, a prescindere dalla necessità o meno di allegare fatti diversi e alternativi ai fini della contestazione, non appare necessario che la parte contestati in maniera espressa i fatti *ex adverso* allegati con la formula "non è vero che" in presenza di una difesa articolata su fatti logicamente incompatibili con la ricostruzione fattuale offerta dalla controparte.

³⁷⁵ Si parla di "laconicità della previsione", con riferimento al dettato dell'art. 115 c.p.c.; in tal senso I. Pagni, *L'onere di contestazione*, in *Giur. It.*, 2011, 238.

³⁷⁶ In passato, invece, è stato sostenuto che la "contestazione generica o meramente formale" non equivalesse a "mancata contestazione", si veda Cass., sez. lav., 3.05.2007 n. 10182. Nel senso che la contestazione generica vada assimilata alla "non contestazione" si vedano Cass. n. 8933/2009; Cass., 5356/2009; Cass., n. 1802/2008; Cass. n. 10182/2007; Cass., n. 13079/2008.

non potrà limitarsi a clausole di stile, espressioni apodittiche o asserzione meramente negative³⁷⁷.

Tuttavia, nelle predette ipotesi, il comportamento che si traduce nella “non contestazione” produce le conseguenze previste dall’art. 64 c.p.a. solo se la parte - che avrebbe dovuto contestare e lo ha fatto genericamente – conosceva i fatti in questione.

La specificità della contestazione deve essere valutata tenendo conto della conoscibilità dei fatti. Diversamente, il comportamento processuale di una parte nei confronti dei fatti *ex adverso* allegati sarà irrilevante.

In altri termini, la specificità della contestazione può variare in concreto ed è proporzionale al livello di conoscenza del fatto da parte del soggetto che dovrebbe contestarlo³⁷⁸.

A rigor di logica, se un soggetto incolpevolmente non è a conoscenza di un fatto, non è neanche nella condizione processuale di poterlo contestare. La conoscenza o l’obiettiva conoscibilità di un fatto sono i presupposti in presenza dei quali il comportamento non contestativo produce conseguenze nel processo³⁷⁹.

Può discutersi se, al fine di evitare la configurabilità di un’ipotesi rilevante ai sensi dell’art. 64 c.p.c., sia necessaria una dichiarazione di non conoscenza di un fatto al posto della sua contestazione.

Nel processo civile, secondo una parte della dottrina, la necessità della predetta dichiarazione non aggraverebbe eccessivamente la posizione del convenuto; in mancanza, della predetta dichiarazione i fatti potrebbe ritenersi “non contestati”³⁸⁰.

³⁷⁷ Cfr. Tribunale di Ivrea, 13.11.2006 n. 150;

³⁷⁸ Cfr. Trib. Monza, 5.01.2011; Trib. Monza, 24.11.2010

³⁷⁹ I. Pagni, L’onere di contestazione, in *Giur.it.*, 2011, 241, nota 24 e B. Sassani, L’onere della contestazione, in www.judicium.it, sostengono che l’onere di contestazione possa operare soltanto con riferimento ai fatti che rientrano nella sfera di competenza di chi è chiamato a negarne la verità; trattasi, dunque, dei fatti propri, di un fatto comune ovvero di un fatto che è caduto sotto la percezione di chi contesta.

³⁸⁰ C. M. CEA, *L’evoluzione del dibattito della non contestazione*, in www.judicium.it, 7, sottolinea che “quel che rileva, a mio avviso, non è tanto che il fatto fuoriesca dalla sfera di dominio o conoscenza della parte contro cui è allegato, quanto piuttosto che

d) La proposizione di un'eccezione come "comportamento non contestativo": l'eccezione di rito senza contestazione specifica dei fatti ex adverso allegati e l'eccezione di merito incompatibile con la negazione dei fatti costitutivi della domanda (eccezione di pagamento, eccezione di compensazione, eccezione di prescrizione).

“Contestare” un fatto significa negare che esista, che sia mai accaduto o che si sia svolto secondo le modalità indicate dalla parte che lo ha allegato nel processo.

Nell'ambito delle possibili strategie difensive, l'amministrazione resistente e i controinteressati che partecipano al giudizio possono articolare mere difese, possono sollevare eccezioni, possono proporre ricorso incidentale o formulare, se consentito, domanda riconvenzionale.

Analizziamo, innanzitutto, le mere difese e le eccezioni.

Le mere difese, come è noto, consistono nell'attività difensiva volta a contestare o negare i fatti e le argomentazioni giuridiche dedotte dalla parte attrice a fondamento della sua pretesa, proponendo una ricostruzione in fatto e una interpretazione in diritto diversa da quella formulata dall'attore.

La “contestazione”, vale a dire la negazione dell'esistenza di un fatto o delle modalità di svolgimento descritte dalla parte che lo ha allegato, rappresenta una mera difesa ³⁸¹.

L'eccezione consiste nell'allegazione di un fatto modificativo, impeditivo o estintivo da cui far scaturire il rigetto della domanda attorea ³⁸². Nonostante

quest'ultima sia in grado di difendersi: difesa che, nel caso in esame, si sostanzia nella possibilità di rendere il fatto controverso”.

Si deve considerare che la dichiarazione di mancata conoscenza di un fatto può essere pretestuosa; dunque, è necessario che la parte che opera una contestazione generica, ad esempio, alleghi in modo specifico e dettagliato i motivi per i quali il fatto le è sconosciuto, salvo che ciò sia evidente.

³⁸¹ M. Taruffo, La prova nel processo civile, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger (diretto da), Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 2012, 39 ss.

³⁸² Sono eccezioni vere e proprie “quelle che consistono nella richiesta di una decisione negativa su una domanda altrui sul fondamento di fatti impeditivi, modificativi o

qualche dubbio della dottrina, le mere difese non possono essere annoverate tra le eccezioni ³⁸³.

Si pongono due questioni: 1) da una parte, accertare se la contestazione si trasforma da mera difesa ad eccezione nell'ipotesi in cui un soggetto, che intende contestare un fatto, ne allega a sua volta uno diverso, di segno contrario; 2) dall'altra, verificare se la proposizione di una eccezione può avere comunque una valenza in termini di comportamento non contestativo.

La soluzione alle predette questioni è decisiva prima di affrontare la vicenda relativa ai tempi e alle conseguenze della mancata contestazione dei fatti in giudizio dal momento che il regime giuridico processuale delle mere difese e quello delle eccezioni sono diversi.

1) La contestazione di un fatto può essere "positiva"; infatti, può coincidere con l'allegazione di un fatto diverso che ne esclude l'esistenza o che mette in discussione le circostanze in cui si sarebbe verificato.

Dunque, la parte non si limita specificamente a negare un fatto, ma ne allega un altro di segno opposto.

Orbene, l'allegazione di un fatto di tal genere non equivale alla proposizione di una eccezione. In tal caso, anche se la parte introduce un nuovo fatto in giudizio, non si tratta di un'allegazione in senso tecnico.

Con le mere difese, si controverte sui fatti già allegati da un'altra parte al giudizio; con le eccezioni, invece, si allegano al processo (in senso tecnico) nuovi fatti, aventi efficacia modificativa, impeditiva, estintiva.

Il fatto di segno contrario a quello contestato non è un fatto modificativo, estintivo o impeditivo; in altri termini, non è un fatto principale, ma è un fatto che esplica la sua valenza sul piano probatorio ed è finalizzato a confutare la prova dei fatti principali che sarà fornita dall'attore ³⁸⁴.

estintivi". In tal senso, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2004, 129 e ivi le indicazioni bibliografiche sulla questione del "fondamento sostanziale" dell'eccezione.

³⁸³ Cfr. Cons. Stato, VI, 6.03.2003 n. 1250.

³⁸⁴ Per il processo civile, si rinvia agli esempi di I. PAGNI, *L'onere di contestazione*, in *Giur. It.*, 2011, 241: si pensi all'ipotesi di un'azione per il pagamento di forniture, nella quale il convenuto rappresenti la circostanza di avere acquistato da altri, e ad un prezzo

In definitiva, può sostenersi che, ove possibile, la negazione di un fatto debba essere accompagnata dalla rappresentazione di altri fatti che ne avvalorino la negazione stessa ³⁸⁵ senza che la contestazione dismetta le vesti di “mera difesa”.

2) Orbene, la parte costituitasi in giudizio, può limitarsi alla formulazione di mere difese o può anche sollevare eccezioni.

Tradizionalmente si distingue tra eccezioni di rito (o processuali) e eccezioni di merito (o sostanziali). Le eccezioni di rito o processuali sono quelle mediante le quali si evidenzia il difetto di requisiti rilevanti sotto il profilo processuale (difetto di competenza). Le eccezioni di merito, invece, mirano a provocare il rigetto della domanda attorea, mediante l'allegazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi (art. 2697 c.c.).

Possono verificarsi due ipotesi: la prima, nella quale la parte decide di impostare la sua difesa esclusivamente sulla proposizione di eccezioni finalizzate a paralizzare l'azione del ricorrente ³⁸⁶; la seconda, invece, quando la parte prende espressamente posizione sui fatti *ex adverso* allegati e decide di contrastare le domande della controparte anche mediante la formulazione di eccezioni.

Innanzitutto, si consideri l'ipotesi in cui la parte non abbia assunto una posizione espressa di “contestazione” o di “non contestazione” dei fatti allegati da controparte ma si sia limitata a sollevare eccezioni.

Nel caso in cui la parte in questione abbia sollevato esclusivamente eccezioni di rito, i fatti principali allegati dall'altra parte restano “incontestati”.

La contestazione specifica dei fatti *ex adverso* allegati non può ricavarsi dalla proposizione della sola eccezione processuale.

Diversamente, nell'ipotesi in cui la parte non contesti i fatti allegati dalla controparte, ma proponga un'eccezione di merito, vale la pena di verificare le caratteristiche dei fatti posti a base dell'eccezione stessa.

più conveniente, con un contratto che ha avuto regolare esecuzione, la medesima fornitura di merce. Questo fatto non fonda alcuna eccezione ma viene allegato per contestare l'esistenza della fonte del credito di colui che agisce in adempimento.

³⁸⁵ In tal senso, I. PAGNI, *L'onere di contestazione*, in *Giur. It.*, 2011, 241.

³⁸⁶ Si tenga presente che la contestazione generica equivale a non contestazione. Dunque, potrebbe pure verificarsi che la parte sollevi eccezioni e contesti genericamente i fatti.

Tradizionalmente si distingue tra eccezioni di merito in senso stretto e eccezioni di merito in senso lato.

Le prime possono essere esaminate dal giudice soltanto in presenza di un'iniziativa di parte; le seconde possono essere rilevate dal giudice anche d'ufficio; accanto alle eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti e che, pertanto, rientrano nella loro esclusiva disponibilità, ve ne sono altre che possono essere rilevate anche d'ufficio ³⁸⁷.

Con riferimento alla valenza dell'eccezione di merito come comportamento contestativo o non contestativo, la questione sorge con riferimento alle eccezioni in senso stretto, rimesse all'iniziativa di parte. Negli altri casi, infatti, può sempre supplire il potere d'ufficio del giudice, previa instaurazione del contraddittorio sul punto.

Orbene, in assenza di una specifica contestazione dei fatti *ex adverso* allegati, la proposizione di un'eccezione di merito (ad esempio eccezione di prescrizione o di compensazione) può significare addirittura la “non contestazione” dei fatti allegati dall'altra parte in quanto l'accadimento dei fatti allegati da una parte costituisce la premessa necessaria e logica dei fatti principali (estintivi, modificativi o impeditivi) posti a base delle eccezioni.

Infatti, l'allegazione di fatti estintivi dà conferma che il fatto costitutivo principale, allegato da una parte, sia venuto ad esistenza; tuttavia, a seguito dell'intervento di fatti dotati di efficacia estintiva o di efficacia impeditiva viene meno la possibilità che dal fatto costitutivo possano derivare le conseguenze giuridiche invocate da colui che lo aveva allegato.

Lo stesso vale per i fatti modificativi. Si pensi all'ipotesi in cui, a fronte della domanda di pagamento di somme di denaro in virtù di un contratto di mutuo, la parte convenuta eccepisca il pagamento parziale.

³⁸⁷ Sul tema si vedano C. Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009, 19 ss.; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2010, 87 ss.; per il processo amministrativo, si veda S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 248 ss. e le indicazioni bibliografiche ivi richiamate.

Il fatto modificativo interviene dopo quello costitutivo, o meglio, presuppone che quello costitutivo si sia verificato; tuttavia, il fatto costitutivo non può produrre gli effetti giuridici invocati dalla parte che lo ha allegato in quanto si è verificato quello modificativo che ne determina l'alterazione³⁸⁸.

Dunque, l'allegazione di fatti impeditivi, quella di fatti modificativi o quella di fatti estintivi confermano il fatto costitutivo allegato da una parte, ma al tempo stesso ne mettono in discussione la sua efficacia "concretante" rispetto alle previsioni astratte delle norme³⁸⁹.

In definitiva, nell'ipotesi in cui una parte si costituisce in giudizio e si limita a sollevare un'eccezione di merito, senza prendere posizione sul fatto costitutivo dedotto dall'altra parte, quest'ultimo può addirittura ritenersi implicitamente ammesso (³⁹⁰) e, quindi, non contestato.

Alla predetta ricostruzione potrebbe obiettarsi che, se le eccezioni risultassero fondate, il giudice non potrà riconoscere alla parte - che ha allegato il fatto costitutivo "non contestato" - la tutela e gli effetti giuridici invocati, o dovrà provvedere comunque tenendo conto della fondatezza delle eccezioni sollevate, stante l'intervento dei fatti modificativi, impeditivi, estintivi.

Se un soggetto riesce a provare il fatto modificativo, impeditivo o estintivo ottiene un risultato "analogo" a quello che avrebbe ottenuto se avesse contestato il fatto costitutivo e, dall'istruttoria processuale, fosse emerso che il fatto non si era verificato.

Sia le eccezioni sia le mere difese mirano al rigetto dell'altrui domanda.

³⁸⁸ L'avvenuto pagamento parziale non mette in discussione l'esistenza del fatto costitutivo del diritto azionato, vale a dire l'esistenza del contratto del mutuo.

³⁸⁹ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2004, 127.

³⁹⁰ *"La semplice contestazione dei fatti posti dall'attore a base della propria pretesa viene considerata come "mera difesa" (non è stato accolto il termine "obiezione", proposto dalla dottrina fra le due guerre) mentre l'ammissione di quei fatti, accompagnata dalla deduzione dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi (ad es. il pagamento del debito), è definita come "eccezione in senso lato".* Cass. SS. UU., 27.07.2005 n. 15661

In tal senso, potrebbe pure sostenersi che la proposizione di un'eccezione di merito valga come "contestazione", dal momento che contrasta la posizione processuale e le richieste formulate da parte avversa ³⁹¹.

Tuttavia, una nozione così ampia di "contestazione" non può trovare accoglimento in virtù della disposizione dell'art. 64, secondo comma, c.p.a., che fa espressamente riferimento ai "fatti non specificatamente contestati".

La "contestazione" in senso tecnico non si riferisce alla posizione di "contrasto" che la parte costituita può assumere nei confronti delle altre, opponendosi alle domande formulate da quest'ultime.

Si consideri, inoltre, l'ipotesi in cui una parte, costituitasi in giudizio, neghi il fatto allegato da controparte e, al tempo stesso, sollevi eccezioni.

Si ritiene che la parte istante può proporre, nello stesso giudizio, in forma alternativa o subordinata, due diverse richieste tra loro incompatibili, senza che le espressioni che manifestano l'intenzione di proporre domande subordinate, alternative o eventuali possano escludere di per sé la richiesta di accoglimento

³⁹¹ Diversamente da quanto sostenuto nella presente indagine, una voce della dottrina ha sostenuto che la proposizione delle eccezioni di merito in giudizio equivalga alla "contestazione nel processo".

In tal senso, C. CIACCA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, La contestazione tra norme e sistema, Milano, 1993, 85 ss.

Invero, la dottrina innanzi richiamata, come si è detto nella prima parte di questo lavoro, ha ricostruito una nozione assertiva di contestazione nel processo ritenendo che "deve attribuirsi, oltre al dato letterale, alla suggestione esercitata dai testi di legge l'idea dominante nella dottrina e nella giurisprudenza, che la contestazione si risolva nella negazione opposta dal convenuto alla domanda dell'attore"; invece, la contestazione nel processo si identifica con "la dichiarazione strumentale all'inserimento nella causa di elementi destinati ad alimentare la materia della controversia: una dichiarazione imperativa, di volontà, che si sovrappone, restando però formalmente distinta dalla compresente allegazione, ed è necessaria nel vigore del principio dispositivo, ma anche sufficiente a riversare nel giudizio una porzione della realtà preprocessuale, inserendola nell'oggetto litigioso".

In questa prospettiva, "essa concretizza quella figura di contraddizione in cui consiste normalmente l'eccezione, che si differenzia da altre attività difensive le quali, pur intese al rigetto della domanda, si limitano a negare l'esistenza dei fatti costitutivi e/o gli effetti che l'istante assumere discendere dalla fattispecie dedotta in giudizio" (...). "Pertanto, la figura alla quale si addice la specificazione di contestazione positiva, o propria, si realizza invece pienamente nella difesa del convenuto con l'introduzione di fatti imp., mod., o est.". Cfr. C. CIACCA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, La contestazione tra norme e sistema, Milano, 1993, 87,89 ss.

della domanda principale, specie se tale intenzione emerga da ulteriori sussidi interpretativi.

Tale principio, a maggior ragione, deve trovare applicazione con riguardo alle eccezioni, formulate della parte convenuta, per resistere alle plurime pretese dell'attore ³⁹².

In particolare, la parte nei confronti della quale è stata proposta un'azione di risarcimento danni può contestare il fatto costitutivo allegato dal ricorrente e, in via subordinata, dedurre che, seppure venisse accertato in corso di causa quel fatto, il diritto a chiedere il risarcimento del danno si sarebbe prescritto a causa del decorso del tempo.

In tal caso, la parte non solo contesta il fatto principale costitutivo o uno dei suoi elementi, ma propone anche un'eccezione di merito (eccezione di prescrizione).

Al contrario, è possibile che una parte sollevi, innanzitutto, l'eccezione di prescrizione, per paralizzare l'azione del ricorrente e, solo in via subordinata, contesti il fatto costitutivo.

Orbene, nelle predette ipotesi, la verifica della “non contestazione” deve essere condotta rispetto alla complessiva difesa articolata.

Innanzitutto, occorre accertare se la contestazione può dirsi sufficientemente specifica, se non è generica o affidata a formule di stile.

Se la verifica darà esiti positivi, si produrranno gli effetti dell'art. 64 c.p.a. e la proposizione delle eventuali eccezioni di merito, anche se basate su fatti che

³⁹² Cass., 3 novembre 1984, n. 5572; Cass., 23 febbraio 1995, n. 2083; Cass. 12-3-08, n. 6629. Anche per il processo amministrativo è stato affermato che “*sono ammissibili due domande proposte nel medesimo ricorso e rivolte sia all'annullamento dell'intera procedura concorsuale sia all'assegnazione dei giusti punteggi nella selezione svolta; esse, infatti, pur avendo una diversa portata, sono comunque sorrette da interessi meritevoli di tutela, l'uno di carattere strumentale tendente alla ripetizione della selezione concorsuale, l'altro di carattere sostanziale tendente ad un immediato collocamento in posizione utile nella graduatoria; è quindi evidente che le diverse censure proposte non sono in conflitto, ma risultano piuttosto implicitamente subordinate per il conseguimento di un risultato più o meno favorevole all'interesse vantato dal ricorrente*”, in tal senso, Tar Campania, 20.01.2005 n. 241.

confermano il fatto costitutivo, non potrà equivalere e non potrà essere interpretata dal giudice come implicita ammissione del fatto costitutivo.

e) La proposizione del ricorso incidentale o della domanda riconvenzionale può valere come comportamento non contestativo.

L'art. 42 c.p.a. prevede che *“le parti resistenti e i contro interessati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo del ricorso incidentale”*.

La proposizione del ricorso incidentale mira a paralizzare l'azione principale e a neutralizzare gli effetti derivanti dall'accoglimento del ricorso principale.

Con il ricorso incidentale, si fa valere in via d'azione una eccezione relativa all'ammissibilità del ricorso principale.

Tradizionalmente, si distingue tra incidentalità propria e incidentalità impropria.

Nel primo caso, l'interesse a ricorrere sorge a seguito della proposizione del ricorso principale; in tal caso, la parte ricorrente in via incidentale mira a far dichiarare l'inammissibilità o il rigetto del ricorso principale.

Si amplia l'oggetto del giudizio mediante l'introduzione di fatti e ragioni ostative all'esame e all'accoglimento del ricorso principale.

Si tratta di un'eccezione che assume le vesti di azione perché si impugna un provvedimento amministrativo: può essere impugnato un provvedimento diverso da quello impugnato con il ricorso principale o lo stesso provvedimento ma per motivi diversi.

Si pensi alla tradizionale ipotesi dell'annullamento di un'aggiudicazione di una gara. A seguito del ricorso principale proposto dal secondo classificato, l'aggiudicatario propone ricorso incidentale.

Il ricorrente in via incidentale può sostenere l'inammissibilità del ricorso principale per carenza d'interesse del ricorrente, in quanto colui che ha proposto il ricorso non avrebbe potuto partecipare alla gara per difetto dei requisiti.

In tal caso, il ricorrente in via incidentale impugna il provvedimento di ammissione alla gara del ricorrente principale, al fine di sentir dichiarare dal giudice il difetto di una condizione dell'azione (vale a dire l'interesse a ricorrere).

In altri casi, può impugnare in via incidentale lo stesso provvedimento di aggiudicazione che lo ha proclamato vincitore, sostenendo che l'amministrazione non ha correttamente valutato la sua offerta e, pertanto, che egli merita un punteggio diverso, sufficiente a garantirgli l'aggiudicazione della gara anche se le doglianze formulate dal ricorrente principale risultassero fondate.

Senza alcuna pretesa di trattazione dell'istituto del ricorso incidentale, che andrebbe oltre gli scopi della presente indagine, non può stabilirsi a priori se il ricorso incidentale, quale possibile strategia difensiva che la parte convenuta in giudizio può porre in essere, possa assumere una valenza o un significato in termini di "contestazione" o di "non contestazione".

Orbene, si ritiene che, al pari della formulazione di un'eccezione, nell'ipotesi di proposizione del ricorso incidentale, occorre valutare complessivamente la difesa articolata dalla ricorrente in via principale.

La "non contestazione" va accertata con riferimento ai fatti *ex adverso* allegati, e solo con riferimento a quelli.

Le stesse considerazioni valgono per la proposizione di una domanda riconvenzionale.

f) considerazioni conclusive

Al fine di riassumere l'analisi svolta, si rende opportuna qualche considerazione finale.

Il dato normativo espresso dall'art. 64, secondo comma, c.p.a. circoscrive la verifica della "non contestazione" solo ed esclusivamente ai fatti *ex adverso* allegati.

Può verificarsi che la parte non abbia assunto alcuna posizione implicita o esplicita sui fatti *ex adverso* allegati o lo abbia fatto in maniera generica. In tal caso, i fatti non possono dirsi "specificatamente contestati".

Tuttavia, la parte può articolare la sua strategia processuale non solo attraverso le mere difese ma anche mediante la proposizione delle eccezioni, del ricorso incidentale o della domanda riconvenzionale.

Orbene, la verifica della contestazione va effettuata in ogni caso in relazione ai fatti allegati dalla parte ricorrente.

Nel caso in cui la predetta verifica dovesse produrre esiti negativi, la proposizione delle eccezioni, del ricorso incidentale o delle domande riconvenzionali addirittura potrebbe tradursi in un comportamento processuale non contestativo, per le ragioni indicate in precedenza.

Eccezioni, ricorso incidentale e domande riconvenzionali sono strumenti processuali finalizzati a provocare il rigetto della domanda del ricorrente, ponendo la parte che li propone in una posizione di “contrasto” rispetto a quella assunta dal ricorrente principale.

Tuttavia, “contestazione” non può significare opposizione, in termini generici, alle domande e alle richieste *ex adverso* formulate.

Va recepita una nozione di “contestazione” in senso stretto.

3. La rilevanza nel processo della mancata contestazione di un fatto presuppone l'idoneità dell'allegazione del fatto.

La rilevanza della “non contestazione” nel processo presuppone un'ideonea allegazione dei fatti da parte del ricorrente.

I fatti che si configurano come presupposti o elementi costitutivi della situazione giuridica azionata devono essere esposti in modo specifico ed espresso da parte del ricorrente (³⁹³).

L'art. 40 c.p.a. prevede che il ricorso debba contenere distintamente “ c) l'esposizione sommaria dei fatti; d) i motivi specifici su cui si fonda il ricorso”.

Innanzitutto, l'esposizione dei fatti deve essere completa, nel senso che il ricorrente deve ricostruire i fatti in maniera precisa ed analitica.

³⁹³ In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. un., n. 11353/2004.

Il dato letterale non deve trarre in inganno: l'aggettivo "sommario" rappresenta una sorta di richiamo alla sinteticità nella redazione degli scritti difensivi, in ossequio alla previsione dell'art. 3 c.p.a il quale prevede che "il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica".

La ricostruzione dei fatti posti a base della domanda deve essere precisa ma sintetica, senza che il difensore si dilunghi in narrazioni ricche di dettagli superflui e inutili.

In secondo luogo, il ricorrente deve indicare i motivi specifici sui quali si fonda il ricorso.

Orbene, la *questio facti* e la *questio iuris* nel processo amministrativo sono veicolate attraverso i suddetti motivi di ricorso.

Il ricorrente deve rappresentare la fattispecie normativa che si assume violata e il fatto che concretizza la difformità dalla fattispecie normativa richiamata.

"In buona sostanza, i motivi non devono limitarsi ad affermare l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione, ma, per non essere affetti da genericità, devono rappresentare il frammento di comportamento, per così dire elementare dell'amministrazione, fatto oggetto di censura, con un'adeguata indicazione del profilo di illegittimità denunciato³⁹⁴".

Dunque, la ricostruzione dei fatti da parte del ricorrente deve tener conto della necessaria specificità dei motivi di ricorso³⁹⁵.

Tale considerazione si rivela interessante con riferimento alla figura di eccesso di potere sotto il profilo dell'erroneità dei presupposti di fatto.

³⁹⁴ S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999, 262-263. L'Autore sostiene che la componente di fatto dell'oggetto del giudizio è rappresentata da quella frazione del comportamento dell'amministrazione, nei cui confronti si appuntano le censure del ricorso, le quali a loro volta, concorrono, innegabilmente, a delineare la componente giuridica dell'oggetto del giudizio. La dottrina ha discusso se i motivi di ricorso entrino o meno a far parte dell'oggetto del giudizio, sul tema si veda S. Perongini, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999, 263-264 e la bibliografia ivi richiamata.

³⁹⁵ L'art. 40, secondo comma, c.p.a. sanziona con l'inammissibilità i motivi di ricorso che difettano del requisito della specificità.

Si pensi al caso in cui l'amministrazione adotta un provvedimento amministrativo tenendo conto di determinati presupposti fattuali. Avverso tale provvedimento, il ricorrente lamenta che l'amministrazione abbia ommesso di considerare qualche profilo rilevante o lo abbia considerato in maniera erronea e ne abbia fatto derivare determinate conseguenze giuridiche, adottando un provvedimento illegittimo.

Si consideri una recente pronuncia del giudice amministrativo³⁹⁶.

L'amministrazione aveva ordinato ad un privato la demolizione delle opere abusive poste in essere nell'immobile di sua proprietà, consistenti nella realizzazione di un soppalco.

Il ricorrente lamentava l'illegittimità del provvedimento per eccesso di potere sotto il profilo della erroneità dei presupposti di fatto dal momento che l'opera contestata era stata erroneamente definita come soppalco mentre la stessa era in realtà una mensola da adibirsi ad armadio.

Ad avviso del ricorrente, l'amministrazione aveva ommesso di considerare che sebbene l'altezza massima del vano fosse pari a 1,80 m, l'altezza minima era pari a 0,00, stante la copertura a volte della stanza, per cui l'altezza media era 0,90.

In considerazione di ciò, l'intervento non era classificabile come intervento di ristrutturazione e non necessitava di permesso a costruire. Dunque, la realizzazione del soppalco non poteva considerarsi "abusiva" in quanto realizzata in assenza di permesso a costruire e l'amministrazione non avrebbe dovuto ordinare la demolizione delle opere.

Il ricorrente produceva anche una perizia di parte a sostegno della sua domanda³⁹⁷.

Orbene, la deduzione circa l'altezza del soppalco, asseverata dal tecnico di parte, non era stata contestata dalla resistente Amministrazione; pertanto, l'altezza del soppalco ben poteva essere assunta a base della decisione circa la qualificazione dell'abusività dell'opera.

³⁹⁶ Si veda, Tar Campania, VII, 5.05.2011 n. 2463.

³⁹⁷ La produzione di una consulenza di parte corrobora la tesi del ricorrente. Invero, non era necessaria affinché i fatti potessero dirsi adeguatamente rappresentati.

Nella sentenza, al fine di applicare la regola dell'art. 64, secondo comma, c.p.a., i giudici sottolineano che la parte ricorrente ha dedotto e illustrato i fatti a base della sua domanda.

Si faccia riferimento anche un altro caso giurisprudenziale avente ad oggetto l'impugnazione degli atti relativi alla mancata ammissione ed iscrizione ad un Corso di laurea a "numero chiuso",

A sostegno del ricorso, i ricorrenti censuravano la correttezza dei quesiti facenti parte della prova selettiva sostenendo la loro decisività ai fini del mancato conseguimento di una posizione utile nella graduatoria finale.

Orbene, a tal proposito, il giudice amministrativo rileva che l'amministrazione intimata *"non ha preso posizione sulle censure relative all'erroneità dei quesiti che parte ricorrente ha compiutamente formulato. In tal senso l'Amministrazione non ha mosso alcuna contestazione in ordine a tale punto ed, in particolare, non ha allegato in giudizio elementi volti di smentire le denunce di erroneità lamentate nei motivi di ricorso e specificatamente articolate dalla perizia di controparte. Inoltre, non ha in sede difensiva nemmeno contestato l'infondatezza delle circostanze poste a base del motivo di ricorso omettendo di prendere una chiara posizione sul punto"*.

Ne consegue la possibilità di dare applicazione all'art. 64, secondo comma, c.p.a.³⁹⁸.

Il presupposto è la compiuta formulazione della censura relativa all'erroneità dei quesiti³⁹⁹. Di fronte a ciò, *"l'Amministrazione non ha mosso alcuna contestazione in ordine a tale punto ed, in particolare, non ha allegato in giudizio*

³⁹⁸ Invero, si richiama anche l'art. 64, quarto comma, c.p.a.; è una delle prime pronunce del giudice amministrativo nelle quali si fa applicazione del cd "principio di non contestazione" in maniera ancora confusa, come si vedrà più innanzi.

³⁹⁹ Le censure riguardo all'erroneità ed ambiguità dei quesiti sono stati, peraltro, suffragate da circostanziata perizia di esperti interdisciplinari che sarebbe dovuta essere smentita o quantomeno contestata dall'Amministrazione.

Si deve pertanto dare come acclarata l'esistenza di ambiguità ed erronea formulazione dei quesiti, che quantomeno erano in grado di ingenerare confusione per quanto riguarda l'esattezza della risposta.

elementi volti di smentire le denunce di erroneità lamentate nei motivi di ricorso e specificatamente articolate dalla perizia di controparte”.

L’oggetto della domanda può subire delle modificazioni per effetto di alcune vicende che possono verificarsi in corso di causa; dunque, l’ambito delle questioni devolute al giudice potrà essere modificato. In siffatte ipotesi, di conseguenze, ne uscirà alterato l’oggetto del giudizio.

Un incremento della *quaestio facti* ad opera del ricorrente può avvenire con successivi ricorsi integrativi e con la proposizione dei motivi aggiunti, ai sensi dell’art. 43 c.p.a.⁴⁰⁰.

Dunque, anche i fatti ulteriormente allegati dal ricorrente con un ricorso integrativo o con i motivi aggiunti potrebbero risultare “*non specificatamente contestati*” e, dunque, anche in relazione ai predetti fatti potrebbe trovare applicazione la regola dell’art. 64, secondo comma, c.p.a.

4. Gli atti processuali attraverso i quali le parti allegano i fatti nel processo e l’individuazione dei fatti rispetto ai quali si applica il cd. principio di non contestazione.

L’analisi condotta sin ora ha contribuito a delimitare la nozione di “fatti non specificatamente contestati”. Tuttavia, la sussistenza della “non contestazione” è stata indagata esclusivamente con riferimento ai fatti costitutivi introdotti in giudizio dalla parte ricorrente. In altri termini, si è preso in considerazione uno “schema semplice”, nel quale si sono descritte le relazioni tra i fatti allegati dalla parte ricorrente e le possibili difese delle altre parti convenute in giudizio. Invero,

⁴⁰⁰ *Se l’aggiunzione dei motivi amplia l’oggetto del giudizio, a maggior ragione sarà idonea ad accrescere il novero degli elementi di fatto, sui quali si fonda l’esercizio di una sua azione. E, invero, l’aggiunzione dei motivi va annoverata come il primo episodio idoneo a produrre un’implementazione dell’oggetto del contendere, perché, come per ogni motivo di ricorso, anche il motivo aggiunto consiste nell’indicazione di nuovi profili di illegittimità, fondata su ulteriori fatti, che afferiscono alla vicenda o alla frazione dell’azione amministrativa censurata con il ricorso. La differenza fra le due tipologie di motivi risale, come è noto, alla diversità del momento in cui il ricorrente abbia avuto cognizione dell’episodio amministrativo oggetto dell’aggiunzione. In tal senso, S. PERONGINI, *La formula “ora per allora” nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo “ora per allora”*, Napoli, 1999, 265.*

proprio la disamina delle possibile strategie difensive delle parti che partecipano al giudizio, induce ad una riflessione ulteriore.

La verifica dei fatti “non specificatamente contestati” va condotta con riferimento alla componente di fatto del giudizio nel suo complesso, non solo rispetto ai fatti allegati dal ricorrente.

I fatti “non specificatamente contestati” che il giudice deve porre a fondamento della sua decisione sono, non solo i fatti “non contestati” introdotti dalla parte ricorrente, ma anche quelli che vengono allegati in giudizio da altre parti o mediante iniziative processuali diverse dalla proposizione del ricorso principale .

Si tenga presente che, a prescindere dall’atto attraverso il quale i fatti vengono introdotti in giudizio, l’idonea allegazione e l’adeguata rappresentazione dei fatti sono presupposti impliciti e necessari in presenza dei quali il giudice deve desumere le conseguenze della mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati.

Orbene, le parti convenute in giudizio dal ricorrente principale (amministrazione resistente ed eventuali controinteressati) possono decidere di partecipare attivamente al giudizio e, in determinati casi, hanno la possibilità di ampliare l’oggetto del giudizio.

Se le parti si limitano ad articolare mere difese l’oggetto del giudizio resta quello delineato dal ricorrente principale; lo stesso dicasi per la componente fattuale del giudizio che assume rilievo ai sensi dell’art. 64, secondo comma, c.p.a.

Se, invece, le parti propongono eccezioni di merito in senso stretto, si amplia il novero di fatti sottoposti al sindacato del giudice.

La formulazione di un’eccezione comporta l’allegazione di fatti modificativi, impeditivi ed estintivi, nuovi e diversi rispetto a quelli allegati dal ricorrente.

Orbene, il meccanismo della contestazione dei fatti opera anche con riferimento ai fatti posti a fondamento di un’eccezione.

In altri termini, a fronte dell’allegazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi ad opera dell’amministrazione o di un controinteressato, la parte ricorrente può contestarli o non contestarli specificatamente. In mancanza di una

specifica contestazione, i predetti fatti possono essere posti a fondamento della decisione del giudice ai sensi dell'art. 64, secondo comma, c.p.a.

L'amministrazione resistente e i contro interessati possono anche proporre ricorso incidentale o domande riconvenzionali.

Il ricorso incidentale amplia l'oggetto del giudizio perché si basa su motivi diversi e ulteriori rispetto a quelli proposti dal ricorrente. In determinati casi, oggetto dell'impugnazione è un provvedimento diverso a quello oggetto del ricorso principale.

Invero, l'art. 42 c.p.a. prevede che il ricorso incidentale debba avere i contenuti prescritti dall'art. 40 c.p.a. per il ricorso principale; inoltre, va depositato nei termini e secondo le modalità previste dall'art. 45 c.p.a.⁴⁰¹.

Dunque, i fatti allegati dal ricorrente in via incidentale, non specificatamente contestati dalle altre parti, possono essere posti a fondamento della decisione dal giudice ai sensi dell'art. 64, secondo comma, c.p.a.

Si tratta di un'osservazione rilevante nel processo amministrativo. Invero, una delle prime pronunce in cui il giudice amministrativo ha fatto applicazione del "cd. principio di non contestazione" riguardava fatti posti a fondamento di un ricorso incidentale.

In una controversia relativa agli esiti di una gara d'appalto, la ditta vincitrice – controinteressata – formulava un ricorso in via incidentale volto a far dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale per carenze di interesse del ricorrente principale, dal momento che quest'ultimo non avrebbe potuto partecipare alla gara per difetto dei requisiti.

Il ricorrente in via incidentale sosteneva che, in sede di gara, l'ATI ricorrente aveva dichiarato che la mandante avrebbe svolto il 100 % dell'attività qualificata dal bando come prestazione principale; tale circostanza non era compatibile con la

⁴⁰¹ Anche prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, si sosteneva che il ricorrente incidentale (per quanto di sua competenza) non potesse limitarsi a indicare il provvedimento amministrativo impugnato, ma, a pena di nullità, dovesse esporre sommariamente i fatti e i motivi sui quali si fonda il loro ricorso, con l'indicazione degli articoli di legge e di regolamento che si ritengono violati e, al fine, con le conclusioni. Cfr. S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999, 265.

struttura di ATI mista assunta dalla ricorrente, ed in particolare, del suo segmento verticale alla luce del disposto di cui all'art.37 del d. lg. n. 163/2006.

Dunque, il ricorso principale era inammissibile in quanto la ricorrente principale non avrebbe potuto partecipare alla gara.

Il giudice pone a fondamento della sua decisione la circostanza dedotta dalla ricorrente principale, vale a dire che la mandante dell'ATI ricorrente avrebbe svolto il 100 % dell'attività qualificata dal bando come prestazione principale, osservando che tale profilo in fatto non era stato specificatamente contestato dalla ricorrente e risultava anche documentalmente provato; ne conseguiva l'inammissibilità del ricorso principale dal momento che la ricorrente non doveva essere ammessa alla gara.

Orbene, nel caso di specie, il richiamo al “cd. principio di non contestazione” andrebbe valutato come superfluo in quanto la “non contestazione” del fatto è superata dalla prova documentale dello stesso.

Tuttavia, la sentenza va richiamata non solo perché ha dato applicazione al “cd principio di non contestazione” prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo ma anche perché ha messo in evidenza la sua operatività rispetto ai fatti allegati dal ricorrente in via incidentale, dunque rispetto ai fatti allegati da un soggetto diverso dal ricorrente in via principale.

Al pari del ricorso incidentale, la domanda riconvenzionale⁴⁰² contribuisce ad ampliare il *thema decidendum*.

Dunque, se colui che propone la domanda riconvenzionale pone a suo fondamento fatti nuovi e diversi rispetto a quelli allegati dal ricorrente principale, la mancata contestazione dei fatti può determinare le conseguenze previste dall'art. 64, secondo comma, c.p.a.

Il meccanismo della “non contestazione” dei fatti operi ogni qualvolta un fatto viene allegato in giudizio da una parte e contribuisce a delineare la componente di fatto del giudizio⁴⁰³.

⁴⁰² Nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 42 c.p.a., nelle controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi possono essere proposte le domande riconvenzionali dipendenti da titoli già dedotti in giudizio nei termini e con le modalità previste per la proposizione del ricorso incidentale.

5. Le relazioni tra “allegazione”, “contestazione” e “onere della prova” nel processo

Il principio di non contestazione è stato oggetto di letture e interpretazioni differenti, a seconda del diverso valore che il legislatore avrebbe inteso attribuire alla mancata contestazione dei fatti di causa.

Si rende necessario, pertanto, individuare le conseguenze del comportamento non contestativo rispetto agli oneri probatori delle parti.

La lettura interpretativa si propone di essere quanto più coerente con le norme e con il sistema processuale delineato dal codice del processo amministrativo.

Nel processo civile, mediante l'allegazione, la parte prospetta al giudice l'esistenza di un fatto, lo pone a fondamento della domanda delimitando l'ambito fattuale della controversia; infine, avrà l'onere di dimostrarlo in giudizio.

Se una parte intende giovare di un fatto, quale premessa fattuale di determinati effetti giuridici, deve darne in giudizio la prova, ai sensi dell'art. 2967 c.c. (onere della prova), sia nell'ipotesi in cui abbia formulato una domanda sia nell'ipotesi in cui abbia sollevato un'eccezione⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Si tenga presente che il principio secondo cui gli elementi dell'azione possono ricavarsi da tutti gli atti del giudizio si riferisce a quelli che integrano il ricorso o, comunque, valgono a definire il contenuto sostanziale della pretesa ed il *thema decidendum* o *probandum* del processo.

Le istanze di prelievo o di fissazione dell'udienza di discussione non presentano né tale funzione, né natura sostanziale, avendo esclusivo effetto di impulso processuale.

“Una diversa interpretazione sarebbe in contrasto con la teoria generale dell'azione, che postula l'indicazione degli elementi costitutivi della domanda negli atti processuali a ciò deputati, salvo il temperamento di cui sopra, elaborato dalla giurisprudenza attraverso un'interpretazione estensiva (peraltro non immune da critiche della dottrina) delle norme processuali, non suscettibile di ulteriore ampliamento, pena la devastazione del sistema”.

Sul punto, si veda Cons. Stato, 16.01.2009 n. 202.

⁴⁰⁴ Le parti, diverse da quella che ha proposto la domanda principale, possono allegare fatti impeditivi, modificativi o estintivi a fondamento delle relative eccezioni con le quali intendono paralizzare l'azione proposta dal ricorrente; possono introdurre fatti costitutivi a fondamento di una domanda riconvenzionale.

In tal caso, le parti assumono l'onere di provare i fatti modificativi, impeditivi o estintivi affinché venga rigettata la domanda dell'attore; ovvero le parti ampliano il *thema*

Tra l'allegazione di un fatto principale e l'onere della sua dimostrazione in giudizio intercorrono rapporti di "*prius-posterius*" che vengono generalmente considerati pacifici.

Le suddette considerazioni valgono anche per il processo amministrativo.

Orbene, la contestazione di un fatto, ad opera di una parte diversa da quella che lo ha allegato nel processo, può interferire nella relazione tra allegazione e onere della prova ⁴⁰⁵.

Nell'ipotesi in cui il fatto può dirsi specificatamente contestato, trova conferma il rapporto tra allegazione di un fatto e onere di provarlo in giudizio sia per la parte attrice che per le altre parti, stabilito dall'art. 2967 c.c. e confermato nel processo amministrativo dall'art. 64, primo comma, c.p.a.

Invece, nell'ipotesi della "non contestazione", vi sarà un'interferenza nel rapporto "allegazione di un fatto" e "onere della prova".

In tal caso, la relazione tra le allegazioni di una parte e il comportamento processuale dell'altra acquista rilievo in quanto l'incertezza di un fatto ipoteticamente allegato da una parte persiste solo se è contestato dall'altra. Dunque, solo nell'ipotesi di "specificata contestazione", è necessario che quel fatto costituisca oggetto di prova in giudizio.

Nella prima ipotesi (contestazione) si consolida l'onere della prova in capo alla parte che ha allegato il fatto ⁴⁰⁶.

Al contrario, nell'ipotesi di "non contestazione", si determina la "non necessarietà" della prova del fatto in giudizio, a favore della parte che lo allegato.

decidendum, assumendo l'onere di dare prova dei fatti principali che pongono a fondamento della domanda riconvenzionale.

⁴⁰⁵ Il principio "*allegata sunt probanda*" non rappresenta una verità neppure nei processi dispositivi. "*L'allegazione del fatto è bensì una condizione necessaria, ma non è sempre da sola sufficiente, per legittimare l'applicabilità delle regole sull'onere probatorio. Tutto dipende dal modo in cui sulla necessità della prova, della quale dovrà darsi carico il soggetto allegante, reagiscano la qualità dei fatti allegati, il comportamento processuale dell'avversario e il cennato principio di acquisizione*", in tal senso, L. COMOGLIO, (voce) *Allegazione*, Dig. Disc. Priv., I, 1987, 279.

⁴⁰⁶ M. TARUFFO, *La prova civile*, 2012, Milano, 47.

Il fenomeno della non contestazione si colloca sul piano della fissazione del tema probatorio e dei relativi oneri, determinando una “*relevatio ab oneri probandi*” in capo alla parte onerata alla prova del fatto stesso.

Il fondamento normativo della suddetta ricostruzione è rappresentato dagli artt. 115 c.p.c. e 64, secondo comma, c.p.a.

Così giustamente intesa, la mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati può essere affiancata al fenomeno dell’allegazione nel processo.

L’allegazione nel processo svolge molteplici funzioni, non solo sul piano della delimitazione del *thema decidendum*, come innanzi descritto.

L’allegazione è un atto con il quale una parte asserisce che una certa circostanza si è verificata con certe modalità. L’allegazione di un fatto ha una valenza anche sul piano probatorio, perché la parte, non solo lo pone a fondamento della sua domanda o eccezione, ma si assume anche l’onere di provarlo.

Non va trascurato che, secondo una parte della dottrina, la suddetta funzione probatoria sarebbe addirittura “*l’unico effetto che può ricollegarsi alla allegazione di un fatto intesa in senso rigoroso*”⁴⁰⁷.

Dunque, la relazione tra “allegazione” e “non contestazione” di un fatto serve a selezionare i fatti che devono costituire oggetto di prova nel processo.

È evidente lo stretto nesso funzionale che, in tal senso, lega i due distinti fenomeni.

⁴⁰⁷ In dottrina, è stata sostenuta la confusione di due fenomeni, “*ossia l’indicazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere come mezzo di determinazione della domanda, da un lato, e dall’altro l’allegazione come indicazione dei fatti che l’attore si assume l’onere di provare*”, cfr. M. TARUFFO, *La prova civile*, 2012, Milano, 28 ss..

Secondo la dottrina richiamata, la circostanza che possa trattarsi degli stessi fatti non deve trarre in inganno; in realtà si tratta di attività diverse che producono effetti diversi.

Dunque, il fenomeno dell’allegazione svolge nel processo molteplici funzioni, ma “*l’unico effetto che può effettivamente ricollegarsi alla allegazione di un fatto intesa in senso rigoroso è l’assunzione dell’onere della prova in capo alla parte che lo allega*”. In quest’ottica, se il comportamento non contestativo è in grado di interferire e condizionare la relazione tra l’allegazione di un fatto e l’onere di provarlo in capo al soggetto allegante, evidentemente c’è una stretta connessione funzionale tra l’allegazione e la non contestazione, tanto da potersi pure sostenere che il la “non contestazione” si collochi sullo stesso piano dell’allegazione, o quanto meno che si collochi sullo stesso piano funzionale.

L'allegazione dei fatti e la "non contestazione" degli stessi nel processo potrebbero essere accomunati sotto questo profilo funzionale, dal momento che contribuiscono alla definizione del *thema probandum*.

Tuttavia, nel processo amministrativo deve ritenersi che la "non contestazione" di un fatto ad opera di una parte non sia propriamente in grado di sollevare definitivamente l'altra parte dall'onere della prova del fatto stesso.

Al tal fine, sarebbe necessario l'individuazione di un termine perentorio, decorso il quale la contestazione di un fatto non dovrebbe essere più possibile e la parte onerata potrebbe considerarsi sollevata.

6. Sui tempi della contestazione (e della "non contestazione") nel processo amministrativo.

a) premessa

Gli artt. 115 c.p.c. e l'art. 64 c.p.a. non offrono indicazioni sui tempi della contestazione nel processo.

Sul tema, non vi è unanimità di opinioni nel processo civile, che storicamente si contraddistingue per una struttura scandita da decadenze e da meccanismi preclusivi.

Nel processo amministrativo la questione è maggiormente problematica.

Infatti, prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, era diffusa la convinzione che il processo in primo grado si svolgesse senza la presenza di ulteriori preclusioni rispetto a quelle previste per la proposizione del ricorso principale e del ricorso incidentale.

Orbene, occorre verificare se le norme contenute nel codice diano indicazioni diverse e, in quest'ottica, se la contestazione dei fatti sia soggetta ad una precisa scansione temporale, o diversamente, se essa sia consentita fino a quando il giudice non abbia assunto la causa in decisione.

b) I tempi della contestazione nel processo civile

Nel processo civile, dottrina e giurisprudenza discutono circa l'esistenza di un termine preclusivo entro il quale le parti debbano contestare i fatti *ex adverso* allegati.

La questione si pone perché l'art. 115 c.p.c. non indica espressamente fino a quando sia possibile la contestazione dei fatti ⁴⁰⁸; dunque, occorre ricercare altrove la risposta normativa all'interrogativo, ed in particolare, bisogna analizzare le norme dedicate alla costituzione delle parti in giudizio e alla fase di trattazione del processo.

Si tratta di stabilire se la contestazione debba intervenire entro una determinata fase processuale, o diversamente, possa verificarsi durante tutto lo svolgimento del primo grado di giudizio, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Secondo un orientamento, gli artt. 167 e 416 c.p.c. non stabiliscono la necessità di “*prendere posizione sui fatti*” a pena di decadenza, come avviene per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio e della domanda riconvenzionale ⁴⁰⁹. La contestazione dei fatti rappresenta una mera difesa.

Ne consegue che ciascuna parte potrebbe contestare i fatti allegati da controparte fino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Diversamente, invece, un altro orientamento sostiene che la contestazione dei fatti possa avvenire fino all'udienza di trattazione (e relativa appendice scritta ex art. 183, sesto comma, c.p.c.), nella quale deve ritenersi fissato il *thema decidendum* e il *thema probandum*.

In assenza di una disposizione, l'impostazione del processo civile conseguente alle riforme degli anni 1990 e 1995 depone in tal senso.

Secondo una parte della dottrina, in particolare, la contestazione dei fatti è possibile fino a quando non sia avvenuta la definitiva fissazione del *thema*

⁴⁰⁸ Cfr. C. Gamba, Le preclusioni della fase di trattazione e il principio di non contestazione, in Riv. Trim. dir. e proc. civi., 2012, 3, 1331.

⁴⁰⁹ In tal senso, G. Balena, Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1997.

probandum ⁴¹⁰; nel rito del lavoro, fino alla memoria di costituzione per il convenuto, salvo le disposizioni dell'art. 420 c.p.c., e fino all'udienza, per l'attore; nel rito ordinario, fino al momento in cui per la controparte sarà possibile articolare le richieste istruttorie, ex art. 183, sesto comma, n. 2, c.p.c. e perciò fino alla prima memoria dell'appendice scritta ⁴¹¹.

Vi è, infine, un orientamento giurisprudenziale ancora più restrittivo in base al quale la contestazione dei fatti *ex adverso* allegati dovrebbe intervenire nella prima difesa utile.

In particolare, la predetta impostazione parte dal presupposto che l'onere di contestazione tempestiva deriva da tutto il sistema processuale, come si evince dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, così come previsto dall'art. 111 cost. Conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in

⁴¹⁰ È pur vero che la contestazione è una mera difesa; tuttavia, occorre tener presente le decadenze sul piano istruttorio, atteso che gli effetti della mancata contestazione dei fatti nel processo si producono sul piano probatorio. La predetta osservazione vale soprattutto se per corroborare la negazione di un fatto se ne intende allegare uno di segno opposto in giudizio. In tal senso, I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. It.*, 2011, 240.

⁴¹¹ La predetta ricostruzione è in linea con l'architettura del processo civile; nella dialettica processuale che precede la trattazione, le parti, con reciproche allegazioni e contestazioni, delimitano il tema probatorio e, dunque, preparano il terreno sul quale verranno ad inserirsi le richieste istruttorie e si svilupperà la fase di istruzione della causa (Trib. Varese, I, 1.10.2009). In tal senso, si veda anche I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. It.*, 2011, 240.

Inoltre, è stato osservato che “*la previsione che il legislatore sottoponga alla concessione dell'ulteriore termine di 30 giorni sia il potere di proporre eccezioni dopo la chiusura della prima udienza di trattazione, sia il potere di replicare alle allegazioni avversarie non si spiega in altro modo se non ammettendo che, terminate le attività di cui all'art. 183 ed esaurito l'eventuale termine successivo di 30 giorni di cui all'art. 183, comma sesto, c.p.c., le parti non possano né sollevare eccezioni, né contestare le allegazioni avversarie*”, in A. Caratta, *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, www.treccani.it

mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio ⁴¹².

c) I tempi della contestazione nel processo amministrativo

Il dibattito sull'esistenza di un termine preclusivo per le parti per la contestazione dei fatti nel processo amministrativo non può svolgersi negli stessi termini che lo contraddistinguono nel processo civile, a causa di una diversità strutturale che caratterizza i due modelli processuali.

Nel processo civile non c'è una espressa preclusione rispetto alla possibilità di contestare i fatti *ex adverso* allegati. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti tendono ad individuarla, anche in assenza di una norma *ad hoc*.

Il processo si caratterizza per una suddivisione in fasi ben distinte; in particolare, per quanto di interesse, vi è una separazione tra la fase preparatoria e quella istruttoria.

Nella fase preparatoria, le parti circoscrivono il *thema decidendum*, proponendo domande ed eccezioni, non rilevabili d'ufficio, a pena di decadenza. Il processo civile si caratterizza per un sistema di preclusioni con l'obiettivo di favorire la concentrazione e l'efficacia del processo.

Nella fase della trattazione, le parti individuano la materia del contendere e sono tenute a far emergere la contestazione rispetto ai fatti realmente controversi.

Dunque, può pure ricavarsi dal sistema processuale l'individuazione di un limite temporale per la contestazione dei fatti *ex adverso* allegati.

Vi è ragione di ritenere che la contestazione dei fatti debba avvenire prima che maturino le preclusioni istruttorie se si ammette che il valore della non contestazione si esprime, rispetto alle parti, in termini di "*relevatio ab oneri probandi*" ⁴¹³.

⁴¹² Cass., I, 27.02.2008 n. 5191.

⁴¹³ Cfr. Fabiani, Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato, in *Corriere giuridico*, 10, 2003, 1347.

Il grado di stabilità della contestazione può essere collegato alle preclusioni assertive ⁴¹⁴ e, dunque, collocarsi in un momento temporale antecedente a quello nel quale intervengono le preclusioni assertive, sebbene non vi sia una espressa previsione in tal senso.

L'esigenza di definire il *thema decidendum* e il *thema probandum* consente di superare l'assenza di una norma specifica.

Anche nel processo amministrativo non vi è una norma che fissa un termine per la contestazione dei fatti. L'art. 64, secondo comma, c.p.a. lascia la questione irrisolta.

Pertanto, bisogna esaminare la "ritmica" del processo per capire se possa ricavarsi dal sistema un termine a pena di decadenza per contestare i fatti *ex adverso* allegati ⁴¹⁵.

Il processo amministrativo, a differenza di quello civile, non è articolato in fasi ben distinte e non si caratterizza per l'esistenza di decadenze e preclusioni a carico delle parti nell'esercizio di poteri o di facoltà processuali.

Il processo amministrativo ha una struttura semplice: dalla fase introduttiva si passa direttamente alla fase decisoria ⁴¹⁶. Si consideri che le norme del codice del processo amministrativo non hanno neppure introdotto una vera e propria fase istruttoria, come quella del processo civile.

Per quanto riguarda le decadenze, gli unici termini perentori espressamente previsti sono quelli per la proposizione del ricorso principale e del ricorso incidentale.

⁴¹⁴ Cfr. Fabiani, Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato, in *Corriere giuridico*, 10, 2003, 1348.

⁴¹⁵ Cfr. Fabiani, Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria, in *Corriere giuridico*, 2009, 1169 secondo il quale "il principio di non contestazione ha un rilievo generale e risulta pertanto applicabile anche a procedimenti diversi dal giudizio ordinario di cognizione, i tempi della non contestazione andranno calibrati in relazione a specifiche regole preclusive del singolo procedimento, sicché se preclusioni non sono previste, la contestazione potrà sopravvenire sino al momento del passaggio alla fase decisoria". L'osservazione fornisce una buona indicazione anche per il processo amministrativo.

⁴¹⁶ Sulla inidoneità dell'istruzione ad assumere le caratteristiche di una fase si vedano L. Giani, La fase istruttoria, in F. G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 358 ss.; E.M. Marengi, *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino, 2014, 33 ss.

In particolare, la costituzione in giudizio delle parti diverse dal ricorrente è meramente eventuale ed è sottoposta ad un termine di natura ordinatoria.

L'art. 46 c.p.c., rubricato “*costituzione delle parti intime*” prevede che “*nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, le parti intime possono costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova di cui intendono valersi e produrre documenti*”.

Il termine di costituzione delle parti intime è fissato in sessanta giorni, decorrenti dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso. Tuttavia, non vi è alcuna indicazione legislativa nel senso della natura perentoria del termine ⁴¹⁷.

Di regola, l'effetto decadenziale ovvero la perentorietà dei termini viene richiamato espressamente, come nel caso degli artt. 41, comma 2, 45, comma 1, 52, comma 1, nonché 54, comma 1, in relazione all'art. 73, comma 1); a tal proposito, deve ritenersi, in linea di principio, l'applicazione dell'art. 152 c.p.c., in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.

La disciplina attuale si pone in linea di continuità con il passato; l'art. 46 c.p.a. ha ribadito i termini ordinatori ⁴¹⁸ per la costituzione delle parti intime già previsti nella normativa vigente *ante Codice*.

Il termine fissato dall'art. 46 c.p.a. piuttosto è un termine posto a tutela di diritti di difesa delle parti intime.

Invero, il predetto termine ha una funzione dilatoria, ponendosi a garanzia delle parti ed evitando il compimento di atti pregiudizievoli prima del suo decorso ⁴¹⁹.

In assenza di un termine perentorio, la costituzione delle parti intime nel processo può avvenire fino all'udienza di discussione ex art. 73 c.p.a.

⁴¹⁷ Cfr. Cons. Stato, III, 3.08.2011 n. 4601.

⁴¹⁸ Sulla natura ordinatoria del termine ex art. 46 c.p.a. si vedano Cons. Stato, V, 15.01.2013 n. 176; Tar Abruzzo, I, 28.12.2012 n. 549; Cons. Stato, V, 19.06.2012 n. 3562.

⁴¹⁹ Cfr. Cons. Stato III, n. 1070 del 2012, n. 3094 e n. 4601 del 2011; IV, n. 1203 del 2012.

Tuttavia, in tal caso, la costituzione in giudizio potrà comportare il solo svolgimento di difese orali.

Infatti, posto che l'art. 46 c.p.a. non fissa un termine decadenziale per la costituzione in giudizio, occorre verificare le possibili modalità di costituzione in giudizio, concretamente attuabili, tenendo conto della previsione di cui all'art. 73 c.p.a., concernente il deposito di documenti, memorie e repliche prima dell'udienza di discussione.

Nel processo amministrativo, sia nella vigenza della disciplina contenuta nella l. 1034/1971 che ai sensi di quanto stabilito dal d.lg. 104/2010, deve ritenersi che, attesa la natura ordinatoria del termine per la costituzione in giudizio delle parti intime, la costituzione tardiva dell'amministrazione non incorre in alcuna decadenza, avendo la sola conseguenza di intervenire allo stato in cui il procedimento si trova; pertanto la costituzione in giudizio avvenuta oltre il termine di legge non preclude la presentazione di memorie e documenti, rispetto ai quali valgono i termini indicati dall'art. 73 d.lg. 104/2010⁴²⁰.

L'art. 73 c.p.a. prevede che *“le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi”*.

La giurisprudenza sostiene che, in tal caso, si tratti di termini perentori⁴²¹.

I termini fissati dall'art. 73 comma 1, c.p.a. per il deposito di memorie difensive e documenti hanno carattere perentorio, in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice, sicché la loro violazione conduce all'inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti⁴²².

⁴²⁰ Tar Toscana, III, 12.03.2012 n. 496.

⁴²¹ Cfr. Cons. Stato, IV, 15.02.2013 n. 916; Cons. Stato, V, 28.12.2012 n. 6690; Tar Lombardia, III, 13.09.2012 n. 2309; Tar Lazio, I, 29.06.2012 n. 526; Tar Puglia, I, 14.06.2012 n. 1187; Tar Veneto, III, 16.04.2012 n. 547; Cons. Stato, III, 30.01.2012 n. 445; Cons. Stato, VI, 9.05.2011 n. 2738; Tar Campania, VI, 25.10.2010 n. 21368.

⁴²² Cfr. Cons. Stato, 28.12.2012 n. 6690; Tar Lombardia, II, 9.12.2008 n. 5737; Cons. Stato, IV, 24.05.2010 n. 3263; Tar Lazio, I, 2.12.2010 n. 35023

In definitiva, la costituzione delle parti intimata non è sottoposta ad un termine decadenziale; ne consegue che le parti possono costituirsi fino all'udienza di discussione ex art. 73 c.p.a.; tuttavia, nell'individuazione delle modalità e delle forme per la costituzione in giudizio, si deve necessariamente tener conto delle eventuali preclusioni maturate.

In tal senso, rilevano i termini per la presentazione di documenti e memorie o i termini di cui all'art. 101, secondo comma, c.p.a. nel giudizio di appello.

Ne consegue che se la parte intimata decide di costituirsi in udienza, nei suoi confronti saranno comunque maturate le preclusioni previste dall'art. 73 c.p.a. con riguardo alla presentazione di scritti e documenti ⁴²³.

Invero, la possibilità di costituirsi in udienza potrebbe essere lesiva delle prerogative difensive del ricorrente a fronte di eccezioni, questioni in rito o di legittimità costituzionale, sollevate dall'appellato soltanto nell'udienza di discussione; senza perciò che il ricorrente abbia potuto conoscerle, e potuto quindi controdedurre adeguatamente, risultando così leso il principio del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità sancito dall'art. 111 della Costituzione.

A tal proposito, è stato previsto che *“il giudice per ovviare al rischio di una lesione del diritto di difesa della controparte può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza per consentirne la valutazione a garanzia del contraddittorio sostanziale”*.

Invece, *“se fosse vietata alle parti la costituzione in giudizio per il solo decorso di un termine non stabilito come decadenziale sarebbero lese le*

⁴²³ In giurisprudenza è stato sostenuto che, sebbene il termine di cui all'art. 46, comma 1, del codice non ha carattere decadenziale, essendo posto a tutela della parte intimata, *“in ogni caso la costituzione in giudizio non può intervenire oltre il termine di trenta giorni individuato dall'art. 73, co. 1, CPA... per il deposito delle memorie difensive illustrative, avente carattere perentorio in quanto espressivo di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice”* (Cons. Stato, Sez. V, n. 1058 del 2012).

La predetta tesi non è condivisibile. L'art. 73 c.p.a. infatti ha una portata oggettiva chiara e inequivoca quella cioè della produzione di memorie e documenti: non può ritenersi dunque corretto estendere la rigorosa preclusione ivi prevista all'esercizio di una diversa facoltà volta alla diversa funzione della mera costituzione in giudizio.

prerogative difensive delle parti intime; ne risulterebbe infatti che il soggetto che non ha dato impulso al processo ma che vi è stato chiamato non potrebbe assumere una partecipazione attiva al giudizio, pur non essendogli ciò precluso da alcuna norma espressa ⁴²⁴.

Individuati tempi e modalità per la costituzione delle parti intime, si pone la necessità di verificare fino a quando sia possibile la contestazione dei fatti *ex adverso* allegati ad opera delle parti costituite.

Orbene, se per la costituzione in giudizio delle parti intime occorre tener conto delle eventuali “preclusioni” maturate, vale lo stesso per la contestazione dei fatti nell’ipotesi in cui la parte decida di costituirsi in giudizio dopo il decorso del termine ex art. 46 c.p.a.

La contestazione nel processo amministrativo si attua attraverso le mere difese, per quali né nel processo amministrativo né nel processo civile sono previsti termini o meccanismi preclusivi alla loro proposizione.

Tuttavia, a differenza di quanto accade nel processo civile, il codice del processo amministrativo non prescrive termini decadenziali entro i quali le parti convenute debbano far valere eccezioni in senso stretto, vale a dire eccezioni non rilevabili d’ufficio.

Nel codice del processo amministrativo non è prevista la definizione di tutte le difese sin dai primi atti introduttivi ⁴²⁵.

Il sistema del processo amministrativo non è impostato secondo una precisa struttura dialettica, scandita da termini e preclusioni, quanto meno per quanto riguarda il primo grado di giudizio.

In tale contesto, appare difficile affermare la natura perentoria del termine per la contestazione dei fatti *ex adverso* allegati, come avviene nel processo civile.

Dal momento che la contestazione dei fatti consiste in una mera difesa, per la proposizione della quale non esiste un termine perentorio espressamente previsto

⁴²⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2013.

⁴²⁵ Cons. Stato, VI, 14.07.2011 n. 4283. Va osservato, inoltre, che “*la disciplina delineata dal codice del processo amministrativo per la costituzione delle parti in giudizio deve considerarsi esaustiva non operando, di conseguenza, il rinvio esterno previsto dall’art. 39 c.p.a. “per quanto non disciplinato dal presente codice”.*”

dalla legge né ricavabile dal sistema processuale, deve escludersi che le contestazioni fatte valere dalle parti intimata successivamente alla maturazione del termine di costituzione (ad es., nelle memorie difensive prodotte in vista dell'udienza di discussione) possano ritenersi precluse per tardività⁴²⁶.

Dunque, anche in tal caso, occorre tener presente soltanto le preclusioni previste dall'art. 73 c.p.a. che sono già intervenute con riguardo alla produzione di documenti e memorie.

Infatti, se la parte intimata decide di contestare i fatti dopo il decorso del termine previsto dall'art. 46 c.p.a., può depositare documenti fino a 40 giorni prima dell'udienza di discussione e può presentare memorie fino a 30 giorni prima; ciò implica che la contestazione può avvenire per iscritto fino al termine previsto per la presentazione delle memorie; inoltre, se la parte intimata non volesse limitarsi a contestare "in negativo" la ricostruzione in fatto prospettata dal ricorrente ma volesse offrire anche una ricostruzione alternativa dei fatti, mediante l'esibizione di documenti che comprovino la tua tesi, deve produrli in giudizio nel termine di 40 giorni.

Il termine per il deposito delle memorie di replica si rileva altresì importante ai fini della contestazione dei fatti, in quanto se la parte intimata, nelle memorie di cui all'art. 73 c.p.c. dovesse allegare fatti impeditivi, modificativi o estintivi, sollevando un'eccezione, la parte ricorrente avrebbe la possibilità di contestare per iscritto avvalendosi della possibilità di depositare una memoria di replica, vedendosi garantito il suo diritto di difesa.

Decorsi i termini di cui all'art. 73 c.p.a., viene meno la possibilità di contestare i fatti *ex adverso* allegati per iscritto.

Si pone la questione relativa alla possibilità di contestare i fatti direttamente all'udienza di discussione ex art. 73 c.p.a., tanto nell'ipotesi in cui una parte si sia precedentemente costituita ma fino a quel momento non abbia contestato i fatti *ex adverso* allegati, sia nell'ipotesi in cui decida di costituirsi direttamente all'udienza di discussione, sebbene articolando solo difese orali.

⁴²⁶ Cons. Stato, VI, 01.02.2013 n. 630; inoltre, si vedano Tar Campania, IV, 15.03.2012 n. 1290; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 7 aprile 2011, n. 3108;

L'art. 73 c.p.a. prevede che *“nell’udienza le parti possono discutere sinteticamente”* e sancisce che il *“il giudice se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale”*.

Orbene, se la costituzione in giudizio può avvenire fino all’udienza di discussione con la formulazione di sole difese orali, deve ritenersi possibile la contestazione dei fatti *ex adverso* allegati, sebbene solo oralmente. Diversamente, sarebbe lesa il diritto di difesa delle parti intimato.

Tuttavia, se i fatti diventassero “controversi” all’udienza di discussione, il giudice dovrebbe disporre un rinvio a data fissa per l’articolazione delle richieste istruttorie.

Invero, il profilo di criticità emerge soprattutto con riferimento alla relazione tra fase preparatoria e fase istruttoria.

Se il comportamento non contestativo assume rilevanza sul piano probatorio e determina una selezione dei fatti che devono costituire oggetto di prova, la logica imporrebbe che il predetto comportamento possa essere posto in essere solo prima che si dia avvio alla fase istruttoria.

Diversamente, il ruolo e la valenza del comportamento contestativo verrebbero fortemente sminuiti sotto il profilo del principio di economia processuale e del principio della ragionevole durata del processo.

Invero, dottrina e giurisprudenza sovente richiamano i predetti principi come fondamento del c.d. principio di non contestazione e della sua operatività, quanto meno nel processo civile.

Il legislatore ancora una volta non offre alcuna indicazione specifica.

Il punto è che la distinzione tra fase preparatoria e fase istruttoria nel processo amministrativo non esiste.

Il Codice non prevede la maturazione di preclusioni istruttorie né descrive lo svolgimento del processo in modo da tale da lasciar immaginare una sequenza “non reversibile” tra la costituzione delle parti intimato e le loro difese e l’ammissione dei mezzi istruttori.

L'unica eccezione potrebbe essere rappresentata dall'esibizione in giudizio di documenti fino a quaranta giorni prima, come stabilito dall'art. 73 c.p.a.

7. La “non contestazione” e i poteri del giudice

La “non contestazione” è funzionale alla determinazione del *thema probandum*, con le relative conseguenze sugli oneri probatori delle parti.

Si tratta di una considerazione che non esaurisce la tematica oggetto della presente indagine.

Il dato normativo impone all'interprete uno sforzo ulteriore, volto ad accertare, sia gli effetti della mancata contestazione rispetto ai poteri istruttori del giudice sia il valore che “i fatti non specificatamente contestati” assumono nella decisione del giudice.

8. La “non contestazione” nel processo non ha valore negoziale

La “non contestazione” di un fatto rientra nella strategia processuale di difesa della parte.

La mancata contestazione dei fatti ad opera delle parti costituite in giudizio produce effetti esclusivamente sul piano processuale.

Ne consegue che la scelta di non contestare i fatti *ex adverso* allegati non può essere interpretata come un atto avente valore negoziale o transattivo⁴²⁷.

Il comportamento non contestativo assunto da una parte in giudizio non rappresenta un atto di disposizione della situazione giuridica soggettiva di cui la parte risulti titolare; non è funzionale alla stipulazione di un accordo o di un negozio transattivo tra le parti⁴²⁸.

⁴²⁷ In tal senso, A. CARATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 262-264 il quale concludeva sul punto sostenendo che “*la non contestazione è istituto di esclusiva pertinenza processuale che ha come unico scopo l'accelerazione del giudizio attraverso la riduzione dei fatti bisognosi di prova*”.

⁴²⁸ Sull'accordo processuale si vedano, in generale, Liebman, *Risoluzione convenzionale del processo*, in Riv. Dir. proc. civ., 1932, I, 260 ss.; De Stefano, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, 28 ss., 33 ss., e la bibliografia ivi richiamata.

L'oggetto della "non contestazione" sono i fatti *ex adverso* allegati; la possibilità di transigere una controversia, invece, richiede un atto di disposizione delle situazioni giuridiche sostanziali coinvolte nella vicenda (diritto o interesse legittimo)⁴²⁹.

L'affermazione secondo la quale la "non contestazione" non ha rilevanza negoziale consente di formulare una ulteriore osservazione.

Deve ritenersi, infatti, che l'operatività degli effetti della mancata contestazione dei fatti, *ex adverso* allegati, prescinda dalla volontà di contestazione della parte⁴³⁰.

Invero, di fronte ad un accordo processuale tra le parti, il sindacato del giudice viene circoscritto ad una verifica di legittimità dell'accordo; al contrario, di fronte a fatti incontestati, non si può escludere la valutazione del giudice quantomeno sulla *questio iuris* della vicenda oggetto del giudizio⁴³¹.

9. La rilevanza dei fatti non specificatamente contestati nella determinazione del *thema probandum*.

Al fine di chiarire la portata dell'art. 64, secondo comma, c.p.a., il fenomeno della non contestazione dei fatti nel processo pone due questioni; innanzitutto, occorre verificare se il comportamento non contestativo sia idoneo a delimitare l'oggetto del giudizio o, piuttosto, il tema probatorio; in secondo luogo, va accertato il valore dei fatti "*non specificatamente contestati*".

⁴²⁹ Si tenga presente, inoltre, che nel processo amministrativo è fortemente messa in discussione la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive, con particolare riferimento al potere della pubblica amministrazione.

⁴³⁰ In altri termini, è corretto sostenere che, al fine della configurabilità di un comportamento processuale non contestativo, l'indagine relativa alla volontà o alle ragioni della mancata contestazione di un fatto *ex adverso* allegato non assume alcun rilievo; in tal senso, si veda M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito del rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente l'allegazione, rilievo e prova)* in www.judicium.it.

⁴³¹ E. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. Giur.*, 10, 2003, 1345.

a) la non contestazione non è uno strumento di fissazione formale dei fatti nel giudizio.

Partiamo dalla soluzione alle due problematiche offerte per il processo civile dalla pronuncia delle SS. UU. della Corte di Cassazione, n. 761/2002.

La predetta sentenza descrive la “non contestazione” come “*un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti*”.

Secondo la predetta impostazione, la non contestazione dei fatti contribuisce a determinare il tema di fatto che è alla base della controversia; in altre parole, l'identificazione del tema decisionale dipenderebbe in pari misura dall'allegazione e dall'estensione delle relative contestazioni ⁴³².

In tal senso, la “non contestazione” sarebbe coordinata al potere monopolistico delle parti di allegazione dei fatti e parteciperebbe della sua natura. Da questo, ne conseguirebbe che il giudice dovrebbe ritenere necessariamente sussistenti i fatti che non risultano contestati tra le parti ⁴³³.

Il comportamento contestativo o non contestativo sarebbe espressione dell'autonomia riconoscibile alla parte in un processo dispositivo ossia secondo “*un modello che postula come tratti qualificanti indefettibili l'affidamento esclusivo alla parte del potere di proporre la domanda e di allegare i fatti posti a fondamento della stessa*” ⁴³⁴.

Infatti, anche se il fenomeno della non contestazione si riflette sul tema probatorio nel senso che il fatto non contestato non deve essere provato,

⁴³² Sul punto si veda Cass. SS. UU., 761/2002.

⁴³³ G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in Enc. Dir., XXXVIII, Milano, 1988, 61.

⁴³⁴ In tal senso, Cass. SS. UU., 761/2002.

atterrebbe comunque alla fase della cognizione nella quale si definisce compiutamente il *thema decidendum*⁴³⁵.

Dunque, la condotta del convenuto che non contesta i fatti *ex adverso* allegati sarebbe un comportamento idoneo a delimitare l'oggetto del giudizio.

Nel processo amministrativo non può essere recepita la tesi della Suprema Corte.

Il comportamento non contestativo non può rappresentare uno strumento di fissazione formale di fatti del giudizio né può avere valore vincolante per il giudice nel senso che quest'ultimo debba ritenere i fatti non contestati esistenti o provati⁴³⁶.

Per quanto riguarda la rilevanza del comportamento non contestativo, la non contestazione è riconducibile al fenomeno delle "allegazioni", ma in termini diversi rispetto a quelli espressi dalle Sezioni Unite.

Nel processo, le parti hanno il potere esclusivo di proporre domanda di tutela giurisdizionale e, al tempo stesso, hanno anche il potere di determinare il contenuto della domanda mediante l'"allegazione" dei fatti costitutivi della stessa, vale a dire attraverso l'indicazione dei fatti ai quali è attribuito valore determinante per la decisione del giudice⁴³⁷.

Diversamente da quanto stabilito dalle Sezioni Unite nel 2002⁴³⁸, il potere di allegazione dei fatti in giudizio non è una manifestazione dell'autonomia sostanziale dei privati.

⁴³⁵ In tal senso, E. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. Giur.*, 10, 2003, 1347.

⁴³⁶ G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, *Giusto proc. civ.*, 2009.

⁴³⁷ "Il riconoscimento – per effetto del principio della domanda – del potere di iniziativa processuale in capo a colui che si afferma titolare del diritto azionato implica inevitabilmente che questi abbia anche il potere di individuare ed allegare in giudizio i fatti, sui quali sarà chiamato a pronunciarsi il giudice", in tal senso, A. CARATTA, *Commento all'art. 112 c.p.c.*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 27.

⁴³⁸ "Il potere di allegazione è, infatti, in questi limiti, riflesso processuale dell'autonomia sostanziale delle parti, la quale resterebbe vulnerata, ove soggetta all'iniziativa officiosa; la disponibilità della situazione giuridica sostanziale si atteggia, in sede giurisdizionale,

Se il potere di allegazione di un fatto al giudizio fosse il risvolto processuale dell'autonomia sostanziale delle parti, l'atto di allegazione avrebbe il potere di determinare in maniera vincolante quella che dovrebbe essere la base di fatto della decisione del giudice; così non è ⁴³⁹.

L'allegazione non è una manifestazione di volontà delle parti, vincolante per il giudice ma “*si presenta allo stato di mera affermazione (allegazione, appunto) da verificare in sede processuale al fine di supportare la volontà di ottenere la pronuncia di un determinato provvedimento giurisdizionale (petitum) e con questo la produzione degli effetti giuridici sostanziali*” ⁴⁴⁰.

Dunque, il potere di allegazione dei fatti di causa, così ricostruito, va inquadrato come espressione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ⁴⁴¹.

Orbene, la “non contestazione” di un fatto non è espressione di un potere analogo a quello di allegazione cioè analogo a quello della parte che introduce un fatto in giudizio e lo pone a fondamento delle sue pretese o delle sue difese, assumendo l'onere di provarlo affinché il giudice lo ponga a fondamento della sua decisione.

La non contestazione non attiene né al principio della domanda né può considerarsi un riflesso del monopolio delle parti in tema di allegazione dei fatti ⁴⁴².

come potere delle parti di determinare l'oggetto della lite”, in tal senso, Cass., SS. UU., 761/2002.

⁴³⁹ G. Chioyenda, I identificazione delle azioni. Sulla regola “*ne eat iudex ultra et extra petita partium*”, in Saggi di diritto processuale civile, I, 160 ss.

⁴⁴⁰ A. CARATTA, *Commento all'art. 112 c.p.c.*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 34.

⁴⁴¹ A. CARATTA, *Commento all'art. 112 c.p.c.*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 37-39, secondo il quale “ (il potere di allegazione) *si rivela il frutto di una opportunità finalizzata, da un lato, a responsabilizzare dell'individuazione dei fatti rilevanti per la decisione i soggetti che meglio conoscono la controversia dal punto di vista fattuale e, dall'altro lato, ad evitare che il giudice cercando motu proprio i fatti rilevanti per la decisione, e dunque determinando da sé i limiti di esercizio del dovere decisorio, possa perdere la serenità di valutazione necessaria, in quanto il domandare è psicologicamente incompatibile col giudicare*”.

Inoltre, se la non contestazione potesse valere come tecnica di fissazione formale dei fatti, il giudice sarebbe vincolato a ritenere il fatto “non contestato” come fatto realmente accaduto.

Tale conclusione non è accettabile.

Il fatto “non contestato” non può essere considerato dal giudice come fatto “vero”.

In linea di principio, la verità di un enunciato fattuale non può dipendere dal comportamento contestativo o non contestativo dell'altra parte ⁴⁴³.

Secondo la predetta impostazione, la mancata contestazione del fatto equivarrebbe alla sua “confessione” o, in ogni caso, ci troveremmo di fronte ad una prova legale.

La prova si definisce legale quando l'idoneità alla rappresentazione dei fatti è, indipendentemente dalle vicende dei singoli processi e finanche

⁴⁴² I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in Giur. It., 2011, 239. Sul tema, si veda A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, Foro it., 2003, 608, il quale sostiene che “il valore della non contestazione non possa essere dedotto dal principio dell'autonomia privata”.

Non va trascurato, che, sebbene si tratti di fenomeni distinti, allegazione di un fatto e “non contestazione” sono fenomeni strettamente e funzionalmente connessi.

Infatti, la “non contestazione” dei fatti (al pari della contestazione) è speculare al fenomeno dell'allegazione; l'eventualità che il convenuto contesti un fatto – naturalmente - presuppone che un'altra parte lo abbia idoneamente allegato al giudizio.

Come in precedenza descritto, il fenomeno della non contestazione assume rilevanza ogni qualvolta i fatti vengano allegati al giudizio.

In altre parole, la non contestazione si relaziona e si rapporta all'allegazione dei fatti in giudizio, ma la rilevanza della mancata contestazione opera su un piano differente, che è quello dell'individuazione del tema probatorio.

⁴⁴³ “La verità dipende soltanto dalla realtà del fatto, ossia dalla corrispondenza tra l'enunciato di cui si tratta e l'accadimento empirico che quell'enunciato descrive. Se l'enunciato che è stato allegato da una parte è falso, in quanto descrive una descrizione erronea della realtà, esso non diventa vero soltanto perché l'altra parte non lo contesta. Se l'enunciato allegato è vero, perché corrispondente alla realtà che descrive, esso non diventa vero in virtù della non contestazione, per la banale ragione che è già vero”, in tal senso M. TARUFFO, *I fatti non contestati*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 490-491.

dall'esistenza di altro materiale probatorio, disciplinata rigorosamente dalla legge; senza alcun margine di valutazione del fatto da accertare da parte del giudice ⁴⁴⁴.

Deve esserci una norma che attribuisca ad un determinato comportamento, dettagliatamente descritto, una determinata efficacia legale, al pari di quanto avviene per la non contestazione nell'ordinamento tedesco.

Orbene, nel nostro ordinamento non vi è alcuna norma che attribuisca ai fatti non contestati la "forza" di prova legale ⁴⁴⁵, tanto più che nel processo amministrativo, tradizionalmente, le prove legali non sono ammesse.

In definitiva, la mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati non serve a fissare definitivamente il *thema decidendum*, in assenza di una norma che dia indicazione in tal senso ⁴⁴⁶; dall'art. 64, secondo comma, c.p.a. non si può ricavare tale idoneità, ipotizzando conseguenze che non trovano riscontro nel sistema processuale delineato dal codice del processo amministrativo.

b) la rilevanza dei fatti non specificatamente contestati sul piano probatorio: la "non necessarietà" della prova. Le interferenze della "non contestazione con i poteri istruttori del giudice.

Il comportamento non contestativo assume rilevanza sul piano della fissazione del tema probatorio ⁴⁴⁷.

Come esaminato nella prima parte dell'indagine, un orientamento della dottrina aveva attribuito alla "non contestazione" il valore di comportamento

⁽⁴⁴⁴⁾ Sulla prova legale, si vadano F. DE STEFANO *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 44; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, 417; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940; PATTI, *Liberio convincimento e valutazione delle prove*, in Riv. Dir. proc., 1985, 481 ss.

⁽⁴⁴⁵⁾ Cfr. F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2011, 1015.

⁽⁴⁴⁶⁾ Nel processo amministrativo, tra l'altro, mancano norme dello stesso tenore letterale dell'art. 416 c.p.c. e dell'art. 167 c.p.c., sulla costituzione in giudizio del convenuto e sul relativo onere di "prendere posizione sui fatti".

⁽⁴⁴⁷⁾ G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, Giusto proc. civ., 2009; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in www.judicium.it, 6; M. TARUFFO, *I fatti non contestati*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 488.

processualmente rilevante, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., vale a dire aveva sostenuto che il giudice potesse trarre “argomenti di prova” dalla mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati.

Si parla di “argomento di prova” per indicare un fatto che non ha valore probatorio ma offre solamente elementi per la valutazione di altre prove, ovvero indizi, circostanze comunemente equiparate alle presunzioni semplici quanto ad efficacia⁴⁴⁸.

La predetta impostazione era stata recepita anche dalla giurisprudenza⁴⁴⁹, che, tuttavia, aveva operato una distinzione tra fatti principali e fatti secondari e aveva sostenuto che, soltanto dalla mancata contestazione dei fatti secondari, il giudice potesse trarne argomenti di prova ex art. 116 c.p.c. .

Analogamente all'art. 116 c.p.c., l'art. 64, quarto comma, c.p.a. prescrive che *“il giudice (...) può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo”*.

Orbene, la suddetta impostazione sembra aver influenzato alcune pronunce del giudice amministrativo che hanno affermato l'operatività del “principio di non contestazione” anche nel processo amministrativo.

In particolare, con la pronuncia n. 291/2012, il Tar Liguria ha sostenuto che il totale silenzio da parte dell'amministrazione costituita sui fatti *ex adverso* allegati vada qualificato *“alla stregua del principio di non contestazione, consolidato ora nell'art. 64 comma 2 c. proc. amm., ovvero in termini di argomenti di prova sfavorevoli ex art. 64 comma 4, medesimo testo, dovendosi ricavare che, rispetto a quanto dedotto in ricorso sul punto in contestazione, l'Amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre”*⁴⁵⁰.

Dunque, in caso di mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati vengono richiamate entrambe le norme, vale a dire l'art. 64, secondo comma, c.p.a. e l'art. 64, quarto comma, c.p.a.. Come se il meccanismo della mancata

⁴⁴⁸ La giurisprudenza talvolta non ha escluso che il giudice possa decidere basandosi solo su argomenti di prova.

⁴⁴⁹ Si veda la sentenza della Cass., SS. UU., n. 761/2002.

⁴⁵⁰ Si veda anche Tar Piemonte, 25.02.2011 n. 196, sebbene in tal caso addirittura l'amministrazione non si sia costituita.

contestazione potesse essere riferito ad entrambe le norme e il valore dei fatti non contestati dovesse essere desunto da entrambe le disposizioni.

Orbene, se il legislatore avesse voluto attribuire alla “non contestazione” la valenza di comportamento processualmente rilevante ex art. 116 c.p.c. e 64, quarto comma, c.p.a., non vi era ragione di richiamare espressamente i fatti non specificatamente contestati anche nel secondo comma dell’art. 64 c.p.a.

Evidentemente, la rilevanza del comportamento non contestativo e, di conseguenza, il valore che assumono i fatti non contestati non vanno ricercati nell’art. 64, quarto comma, c.p.a.

Con l’emanazione del codice del processo amministrativo, la tesi che equipara il comportamento non contestativo ad un comportamento processualmente rilevante ai sensi degli artt. 116 c.p.c. e 64, quarto comma, c.p.a. non può essere accolta.

Si tratta di verificare, dunque, il valore che i fatti non specificatamente contestati sono in grado di esprimere nel processo sulla scorta delle norme vigenti.

A tal proposito, è stato sostenuto che, sulla scorta dell’art. 64, secondo comma, c.p.a., *“i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione, senza che residui alcuna discrezionalità per il giudicante, cosa che invece è consentita solo dall’ultimo comma dell’art. 64, secondo cui il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo.*

Peraltro la collocazione topografica del disposto dell’art. 64 comma 2 deve portare a ritenere che nell’ambito del processo amministrativo i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova, menzionato nel comma 1 dell’art. 64, con la conseguenza che una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione della resistente amministrazione costituita fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla parte ricorrente, senza che al

riguardo al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione”⁴⁵¹.

Dunque, il giudice amministrativo, da una parte, ha evidenziato la forza vincolante dei fatti non contestati nei confronti del giudice, che non avrebbe alcun margine residuo di discrezionalità; dall'altra, facendo leva sulla collocazione dell'art. 64 c.p.c. nell'ambito del Capo III, dedicato alla disciplina dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria, ha ricondotto i fatti non contestati alla nozione di “prova”, escludendo la possibilità di acquisire d'ufficio altre prove.

Le affermazioni della giurisprudenza non possono essere condivise *in toto*.

La collocazione della regola della “non contestazione” può sollevare qualche perplessità, generando confusione nell'interprete.

Se, nella stessa norma, il legislatore prescrive l'obbligo del giudice di fondare la decisione sia sulle prove sia sui fatti non contestati, può sorgere l'equivoco o il dubbio di una sorta di “somiglianza” o di “equivalenza” tra la prova di un fatto e la sua mancata contestazione in giudizio.

L'orientamento della giurisprudenza, innanzi richiamato, in base al quale “i fatti non contestati” devono ritenersi necessariamente come sussistenti e, al tempo stesso, devono trovare collocazione sul piano delle prove è contraddittoria.

A ben riflettere, non può ammettersi che il fatto incontestato sia necessariamente sussistente, ma non può ammettersi neppure che esso risulti “provato” e, prima ancora, che la mancata contestazione di un fatto *ex adverso* allegato possa rappresentare la prova del fatto stesso⁴⁵².

Invero, i fatti “non specificatamente contestati” non sono prove legali né tanto meno sono prove.

La mancata contestazione dei fatti acquista rilievo sul piano probatorio, ma con modalità diverse da quelle innanzi prospettate.

⁴⁵¹ Cfr. Tar Campania, VII, 5.05.2011 n. 2463; T.a.r. Sicilia, I, 1.08.2011 n. 2044; Tar Campania, VII, 6.09.2012 n. 3761.

⁴⁵² B. Sassani, L'onere della contestazione, in www.judicium.it, 8; M. Fornaciari, Il contraddittorio a seguito del rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente l'allegazione, rilievo e prova) in www.judicium.it, 24-25; in senso contrario, F. Santangeli, La non contestazione come prova liberamente valutabile, in www.judicium.it.

La collocazione dei “fatti non specificatamente contestati” nell’art. 64 c.p.a. implica che i predetti fatti non necessitano di prova per essere posti a fondamento della decisione del giudice.

Tale circostanza produce determinati effetti sia nei confronti delle parti che saranno sollevate dall’onere di provare i fatti allegati sia nei confronti del giudice che dovrà ritenerli tali sia nell’esercizio dei poteri istruttori sia in sede di decisione.

In particolare, la “non contestazione” dei fatti incide sull’oggetto dei poteri istruttori esercitabili d’ufficio dal giudice amministrativo.

In altri termini, il giudice non potrà esperire d’ufficio mezzi di prova nel processo che servano ad accertare fatti che non sono stati specificatamente contestati dalle parti. La “non contestazione” misura i poteri istruttori del giudice amministrativo; assurge ad una sorta di limite esterno.

Tenendo presente l’eventualità *sine die* della contestazione nel corso del processo, la parte che allega un fatto al giudizio può articolare richieste istruttorie relativamente ad esso, anche se l’altra parte non lo ha specificatamente contestato. Orbene, in tal caso, deve ritenersi che il giudice possa rigettare le richieste istruttorie, tuttavia, qualora successivamente intervenga la contestazione specifica dei fatti, che la parte intendeva provare, il giudice dovrà revocare la sua decisione istruttoria e ammettere il contraddittorio tra le parti sulla contestazione, in modo che le parti possano formulare nuove richieste istruttorie.

10. La relazione tra i fatti non contestati e le risultanze probatorie acquisite al processo

L’art. 64, secondo comma, c.p.a. prescrive che il giudice deve ritenere i “*fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite*” come elementi da porre a fondamento della decisione finale.

Tuttavia, non vi sono indicazioni circa le relazioni che intercorrono tra i fatti non contestati e gli altri elementi che il giudice deve considerare in fase decisoria, *in primis* le prove dei fatti che le parti hanno allegato in giudizio e hanno posto a fondamento delle loro richieste, ai sensi dell’art. 64 c.p.a.

Pertanto, si pone la questione se la ricostruzione di un fatto, allegato da una parte e non specificatamente contestato in giudizio, possa essere messa in discussione da altre risultanze probatorie.

La ricostruzione di un fatto rappresenta un enunciato fattuale dal quale la parte che lo formula intende trarne determinate conseguenze giuridiche a suo favore.

Orbene, è possibile che il materiale probatorio acquisito al processo metta in discussione o insinui dubbi sulla verità del “fatto non contestato” e sulla veridicità dell’enunciato fattuale che lo descrive.

La regola della “non contestazione” sancita dall’art. 64, secondo comma, c.p.a. implica la “non necessarietà” della prova del fatto in questione.

Dunque, la parte che ha allegato un fatto in giudizio potrà beneficiare della “*relevatio ab onere probandi*” in suo favore, che deriva dalla non contestazione.

Tuttavia, la “non contestazione” di un fatto potrebbe essere superata dalla prova dello stesso.

Può verificarsi che, nonostante la “non contestazione”, la parte che ha allegato un fatto in giudizio ne offra la prova o formuli richieste istruttorie.

Innanzitutto, si consideri l’ipotesi in cui il ricorrente offra una determinata ricostruzione dei fatti a base della sua domanda e, nei termini di legge, produca in giudizio la documentazione comprovante quanto asserito nel ricorso introduttivo.

Orbene, in tal caso, il giudice non pone a fondamento della sua decisione il fatto in quanto “non specificatamente contestato” ma in quanto è stato provato in corso di causa.

Ne consegue che la fondatezza della decisione del giudice va verificata in relazione al convincimento e al giudizio di valutazione che egli formula sulle prove acquisite (la documentazione).

Il materiale probatorio offre la rappresentazione dei fatti allegati dal ricorrente e ne dà conferma; il giudice decide la *quaestio facti* sulla scorta delle prove acquisite al processo ed è in quest’ottica che la sua decisione potrebbe essere censurata.

A tale ricostruzione può obiettarsi che non vi è una “graduazione” tra la prova di un fatto e il fatto non contestato come elementi della decisione; l’art. 64,

secondo comma, c.p.a. non afferma che i fatti non specificatamente contestati vanno posti a fondamento della decisione soltanto in ipotesi residuali ed esclusivamente se il giudice non ha a disposizione altri elementi probatori.

Tuttavia, se, da una parte, la non contestazione circoscrive i fatti da provare, dall'altra, nel caso in cui le prove dei predetti fatti vengano comunque acquisite al processo, il giudice dovrà porre queste ultime a fondamento della sua decisione.

La “non contestazione” consente al giudice di porre a fondamento della sua decisione un fatto, anche se la parte che lo allegato non ne dà la prova; tuttavia, se nello svolgimento del processo, le parti fanno in modo che quel fatto “non specificatamente” contestato costituisca comunque oggetto di prova, il giudice dovrà valutare il materiale probatorio acquisito al processo in relazione ad esso e decidere la controversia⁴⁵³.

⁴⁵³ Si veda, a tal proposito, Cons. Stato, VI, 09.04.2013 n. 1906 secondo il quale “*deve rilevarsi che il principio di non contestazione, codificato dall'art. 64, secondo comma, cod. proc. amm., è un principio generale che presiede allo svolgimento dell'attività istruttoria. (...) L'operatività del principio in esame presuppone che i fatti non possano essere ricostruiti, come è avvenuto nella specie, alla luce della documentazione prodotta nel giudizio*”.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La ricerca, innanzitutto, ha ricostruito le caratteristiche dell'istruzione del processo amministrativo dalle origini della giustizia amministrativa sino all'emanazione del Codice, soffermandosi sul modello tradizionale in base al quale l'istruzione probatoria era caratterizzata dal "*principio dispositivo con metodo dispositivo*".

Nel corso del presente lavoro si è cercato di verificare se e in quali termini l'emanazione del codice del processo amministrativo abbia innovato l'impostazione tradizionale della distribuzione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti.

In particolare, da una parte, le norme vigenti in materia di mezzi di prova e di attività istruttoria (artt. 63-69) hanno sicuramente determinato un "avvicinamento" del processo amministrativo al modello dispositivo del processo civile, dall'altra, tuttavia, non sempre hanno chiarito o specificato le modalità di applicazione di istituti tipici del processo civile a quello amministrativo, che pure conserva caratteristiche peculiari.

In particolare, per quanto riguarda la distribuzione dei poteri istruttori tra il giudice e le parti, va evidenziato che la disciplina codicistica sancisce l'operatività del principio dell'onere della prova, recuperato nella sua integrità e, al tempo stesso, prevede la sopravvivenza di poteri istruttori in capo al giudice esercitabili d'ufficio.

Si è cercato di chiarire la portata del principio dell'onere della prova e i limiti dei poteri istruttori del giudice.

Una novità rilevante è senz'altro rappresentata dalla positivizzazione del c.d. "principio di non contestazione" (art. 64, secondo comma, c.p.a.), di cui si è trattato.

L'indagine ha verificato le conseguenze dell'introduzione del predetto principio nella disciplina della istruzione del processo amministrativo.

Va evidenziato, infatti, che ad oggi è rimessa all'iniziativa delle parti non solo la formazione del *thema decidendum* ma anche quella del *thema probandum*.

Con la positivizzazione del c.d. "principio di non contestazione" (art. 64, secondo comma, c.p.a.), le parti non solo introducono i fatti che costituiscono oggetto del giudizio ma delimitano anche i fatti che devono essere provati e quelli che non necessitano di prove per essere posti a fondamento della decisione del giudice.

In altri termini, i poteri istruttori del giudice non possono avere ad oggetto fatti che, sebbene introdotti da una parte, non siano stati contestati dall'altra.

L'esegesi dell'art. 64, secondo comma, c.p.a. pone diverse questioni, che hanno costituito oggetto della presente ricerca: innanzitutto quella dell'individuazione delle fattispecie di "non contestazione" che assumono rilevanza all'interno del processo amministrativo; la ricostruzione degli effetti della mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati rispetto agli oneri probatori delle parti e ai poteri del giudice nella dinamica del processo amministrativo; infine, l'individuazione del valore che i fatti non contestati assumono nella fase decisoria.

Orbene, all'indomani dell'emanazione del Codice, la dottrina che si è occupata del tema si è sempre interrogata circa il superamento o meno del modello tradizionale, "dispositivo con metodo acquisitivo".

Probabilmente la questione può essere affrontata anche da una diversa prospettiva.

La presente ricerca intende richiamare l'attenzione dell'interprete sull'esegesi delle norme, a prescindere dai principi generalmente affermati e dalla conferma o meno di questi.

La dottrina processualcivilistica ha dimostrato come la contrapposizione "*principio dispositivo/principio inquisitorio*" nella ricostruzione della distribuzione tra il giudice e le parti dei poteri istruttori non rappresenta un dato necessario.

Il dato incontestabile, invece, è l'evoluzione del processo che aspira ad essere sempre più processo giusto, processo nel quale le parti devono agire “ad armi pari” dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, anche nella fase istruttoria.

Anche il processo amministrativo deve caratterizzarsi in tal senso.

Invero, ad esempio, il soccorso istruttorio del giudice non può essere invocato per sanare situazioni di “disparità” che devono essere riequilibrate sul piano di diritto sostanziale.

Bibliografia

- A. Abbamonte, La fase istruttoria, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2003.
- L. Acquarone, Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio, in *dir. proc. amm.*, Milano, 1988, 155 e ss.
- A. Andreani, L'istruzione del processo davanti ai tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 479-495.
- A. Andreani, La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo, in *Quaderni fiorentini*, 22, 1993, 475-509.
- V. Andrioli, voce Prova in genere, in *Nss. Dig. It.*, 1939, 823 ss.
- V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, 320 ss.
- V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, *Del processo di cognizione*, Napoli, 1960.
- V. Andrioli, Prova (dir. proc. civ.), in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967, 292-300.
- V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.
- A. Arieta, F. De Santis, L. Montesano, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2008.
- G. P. Augenti, *L'onere della prova*, Roma, 1932.
- F. Auletta, In tema di consulenza tecnica nel giudizio davanti al tribunale amministrativo regionale, in *Giust. civ.* 2001, 2244 ss.
- G. Azzariti, Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità, in *Giur. Cost.*, 1990, 1998 ss.
- L. Bagarotto, Posizioni giuridiche soggettive e mezzi di prova nei giudizi amministrativi, in *Cons. Stato*, 1999.
- G. Balena, Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1997.
- G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, *Giusto proc. civ.*, 2009.

- F. Benvenuti, L'onere del principio di prova nel processo amministrativo, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, 774 ss.
- F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano, 1953.
- F. Benvenuti, Istruzione nel processo amministrativo, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973.
- L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità, norme e principi*, Milano 2005.
- E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Milano, 1935.
- P. BODDA, Interesse a ricorrere e interesse legittimo, in *Foro amm.*, 1935, I, 148 ss.
- Bodda, *Appunti di giustizia amministrativa*, Torino, 1945.
- U. Borsi, *La Giustizia amministrativa*, Padova, 1934.
- Boulangier, *Reflexions sur le probleme de la charge de la preuve*, in *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1966, 736 ss.,
- V. Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979.
- C. Calabrò, Il giusto processo e la nuova scommessa del diritto amministrativo, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2345 ss.
- P. Calamandrei, Linee fondamentali del processo civile inquisitorio, in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, Napoli, I, Napoli, 1965, 167 ss.; ID., Il processo inquisitorio nel nuovo codice civile, in *Giur. It.*, 1939, IV, 237 ss.
- P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941.
- F. Cammeo, La produzione dei documenti dinanzi alla IV e V sezione e alla G.P.A., in *Giur. It.*, 1912, 93 ss.
- F. Cammeo, Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa, in *Giur. it.*, 1916.
- M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, 147 ss.
- M. Cappelletti, Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo, in *Riv. Dir. proc.*, 1967, 407.

S. Capozzi, Giusto processo e istruttoria nel processo amministrativo, in Il nuovo art. 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile, atti del Convegno di studi di Campobasso del 26 febbraio 2000, a cura di B. Capponi e V. Verde, Napoli, 2002.

E. Caracciolo La Grotteria, Osservazioni sull'applicazione della consulenza tecnica di ufficio nel processo amministrativo, Foro amm. CDS 2004, I, 147 ss.

E. Caracciolo La Grotteria, La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo, Napoli, 2008.

L.F. Caramazza – M. L. Guida, La prova nel processo amministrativo, in Rass. Avv. St., 1985, II, 85 ss.

A. CARATTA, Il principio di non contestazione nel processo civile, Milano, 1995.

A. Carratta, Prova e convincimento del giudice nel processo civile, in Riv. dir. proc., 2003.

A. Carratta, Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili (Tribunale di Varese, or. 27 nov. 2009), in Famiglia e diritto, 2010, 571 ss.

A. CARATTA, *Commento all'art. 112 c.p.c.*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2011.

T. Carnacini, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, Milano, 1965, 715 ss.

F. Carnelutti, La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova, 1915.

F. Carnelutti, La prova civile, Roma, 1915.

F. Carnelutti, Diritto e processo, Napoli, 1958.

F. Carpi – M. Taruffo, Art. 115, Dei poteri del giudice, in Commentario breve al codice di procedura civile, Padova, 2006, 351 ss.

S. Cassarino, Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza, Milano, 1987.

B. Cavallone, Crisi delle *Maximen* e disciplina dell'istruzione probatoria, in Riv. dir. proc., 1976, 678-707.

B. Cavallone, I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile – Premessa storico-critica, in Studi parmesini, XXVII, Milano, 1981.

C. M. Céa, Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite (Nota a Cass. 17 aprile 2002, n. 5523, 2 aprile 2002, n. 4685, 23 gennaio 2002, n. 761, e Trib. Foggia 7 maggio 2002), in Foro it., 2002, 2017 ss.

C. M. Céa, Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione (Nota a Cass. 5 febbraio 2003, n. 1672, e 16 gennaio 2003, n. 559), Foro it., 2003, 2107 ss.

V. Cerulli Irelli, Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo), in Dir. proc. amm., 2012, 501 ss.

R. Chieppa, Il codice del processo amministrativo, Milano, 2010.

G. Chiovenda, I identificazione delle azioni. Sulla regola “*ne eat iudex ultra et extra petita partium*”, in Saggi di diritto processuale civile, I, 160 ss.

G. Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, Napoli, 1965, 741.

A. Chizzini, Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d.lgs. 80/98 e dalla l. 2005/2000, in Dir. proc. amm., 4/2001.

B. Ciacca Cavallari, La contestazione nel processo civile, I, La contestazione tra norme e sistema, Milano, 1992.

B. Ciacca Cavallari, La contestazione, II. La non contestazione: caratteri ed effetti, 1993.

F. Cintioli, Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, in Cons. Stato, 2000, II, 2371 ss.;

F. CINTIOLI, Consulenza tecnica d’ufficio e discrezionalità tecnica: l’intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza, in F. CARINGELLA - M. PROTTO, Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza, Milano, 2002.

CINTIOLI F., Giudice amministrativo, tecnica e mercato – poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”, Milano, 2005.

L. P. Comoglio, Le prove, in P. Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, XIX, 1985, 163-362;

L. COMOGLIO, (voce) *Allegazione*, Dig. Disc. Priv., I, 1987.

L.P. Comoglio, Le prove civili, Torino, 1998.

- L. P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2004.
- L. P. Comoglio, Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 887 ss.
- L. P. Comoglio, La riforma del processo amministrativo e le garanzie del “giusto processo”, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2001, 633 ss.
- C. Consolo, *Il processo di primo grado e l’impugnazione delle sentenze*, Padova, 2009.
- G. Cristofolini, Omissione di pronuncia, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 96 ss.
- Codacci Pisanelli, L’eccesso di potere nel contenzioso amministrativo, in *Giust. It.*, 1892, III, 114 ss.
- G. Corso, Prova (diritto amministrativo), in *Enc. giur. treccani*, vol. XXV, roma, 1999.
- D’Alessio, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, 264 ss.
- Dallari, Il sistema delle prove nel giudizio amministrativo, in *Studi senesi*, 119, 43 ss.
- G. D’Angelo, La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi, in *Foro amm. Tar*, 2005, 579 ss.
- G. D’Angelo, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008.
- G. D’Angelo, L’istruttoria, in *Foro it.*, 2010, V, 215 ss.
- A. De Lise, La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative, in *Cons. Stato*, 1974, II, 960 ss.
- G. De Giorgi Cezzi, Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 906 ss.
- G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli 2003.
- A. Degli Esposti, Mancata ottemperanza da parte della pubblica amministrazione dell’ordine giudiziale di esibire i documenti ed effetti in tema di istruzione probatoria, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 25-29.
- A. Degli Esposti, Appunti sull’istruttoria nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 281 ss.

P. De Lise, La prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative, in *Cons. St.*, 1974, II, 954- 969.

F. Della Valle, I mezzi di prova, in *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, a cura di F. Caringella – G. De Marzo – F. Della Valle – R. Garofoli, Milano 2001, 560 ss.

S. Del Core, Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali, in *Giust. Civ.*, 2004, 112 ss.

S. Del Core, Il principio di non contestazione è divenuto legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi, in *Giust. Civ.*, 2009, 273 ss.

V. Denti, Poteri del giudice, *Novissimo Dig. Italiano*, XIII, Torino, 1966, 489 ss.

F. De Santis, Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità del processo, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 155 ss.

F. De Sanctis, Artt. 2697-2698, in P. Perlingieri (a cura di), *Codice civile*, VI, Napoli, 1991, 124-137.

F. De Stefano, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999.

N. Di Modugno, La nuova giurisdizione esclusiva e la prova nel processo amministrativo: prime riflessioni sulla recente riforma, *Dir. proc. amm.*, 2000, 18 ss.

N. Di Modugno, *Le prova*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Commento al codice del processo amministrativo*, Torino, 2012.

F. M. D'Ippolito, F. Lucrezi, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, Napoli, 2003.

V. Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 859 ss.

M. D'Orsogna, *La fase istruttoria*, in F. G. Scoca, a cura di, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006.

M. Dugato, *L'istruttoria*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, in S. Cassese (diretto da), *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 2007.

E. FABIANI, Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato, in *Corr. Giur.*, 10, 2003, 1345.

M. Fabiani, Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato. Cassazione civile, sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761. Cassazione civile, sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14817, in *Corr. Giur.*, 2003, 1335 ss.

Cfr. Fabiani, Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria, in *Corriere giuridico*, 2009.

V. Fanti, Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo, Milano, 2006.

V. Fanti Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo, Torino, 2012.

E. Fazzalari, Processo (teoria generale del), in *Novissimo Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 1069 ss.

E. Fazzalari, L'imparzialità del giudice, in *Riv. Dir. proc.*, 1972, 196.

E. Follieri, Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 499 ss.

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

M. Fornaciari, Il contraddittorio a seguito del rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente l'allegazione, rilievo e prova) in www.judicium.it, 24-25.

FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940; PATTI, Libero convincimento e valutazione delle prove, in *Riv. Dir. proc.*, 1985, 481 ss.

C. E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994.

C. E. Gallo, Prova testimoniale e processo amministrativo di giurisdizione esclusiva, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 583 ss.

C. E. Gallo, L'istruttoria processuale, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo, V, II ed., Milano, Giuffrè, 2003;

C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 220 ss.;

C. E. Gallo, Poteri istruttori del giudice amministrativo, Report annuale - 2011 – Italia, in www.juspublicum.it.

C. Gamba, Le preclusioni della fase di trattazione e il principio di non contestazione, in *Riv. Trim. dir. e proc. civi.*, 2012, 3, 1331.

L. Giani, La fase istruttoria, in F. G. Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, Torino, 2012, 358 ss.;

Glendi, I poteri del giudice nell'istruzione del processo tributario, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1985, 906 ss.; A. Giuliani, Il concetto di prova, contributo alla logica giuridica, Milano, 107 ss.;

Gönner, Handbuch Des Deutschen Gemeinen Prozesses, I, Erlangen, 1804, 175 ss.

E. Grasso, La regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e le nullità da "ultra" ed "extra" petizione, in Riv. dir. proc., 1965, 387 ss.;

E. Grasso, Dei poteri del giudice, in E. Allorio (diretto da), Commentario del codice di procedura civile, I, 2, 1973, 1254-1345;

E. Grasso, Note sui poteri del giudice nel nuovo processo civile di primo grado, in Riv. dir. civ., 1992, 711-730;

E. Grasso, Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado, in Riv. dir. civ., 1993, 639-655;

R. Greco, L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it.

A. Grumetto, Brevi osservazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205/2000, in Giust. Civ., 2001, 201 ss.

G. Ianniruberto, Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c., in Giust. Civ., 2010, 309 ss.

L. Ieva, La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo, in Trib. amm. reg., 2001, II, 241 ss.

La China, Diritto processuale civile. Le disposizioni generali, Milano, 1991, 628 e ss.

C. Lamberti, All'amministrazione inerte nel giudizio si applica sempre il principio di non contestazione?, in Giur. It., 2012, 1181 ss.

F. La Valle, il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte, in Riv. trim. dir. pubb., 1966, 20.

G. Leone, Brevi note a margine della legge n. 205/2000. Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo?", in Dir. proc. amm., 2001, 645.

G. Leone, Commento agli artt. 63 ss., in G. Leone, L. Maruotti, C. Martelli (a cura di), Codice del processo amministrativo, Padova, 2010.

- C. Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario*, Firenze, 1909.
- C. Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, I, Firenze, 1914.
- C. Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, I, Torino, 1927.
- G.G. Levi, *Manuale del codice di procedura civile*, Milano, 1866.
- Liebman, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1932, I, 260 ss.;
- E. T. Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1960, 551.
- E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981.
- M. Lipari, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano 2003, n. 1, 55 e ss.
- V. G. Lo Presti, *L'istruttoria*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 714 ss.
- F. P. Luiso, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 328.
- A. LUGO, *Considerazioni sull'istruzione nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1977, 413 ss.
- LUGO, *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1055 ss.
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2004.
- G. Manfredi, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. App.*, 2010, 478.
- E. M. Marengi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008.
- E. M. Marengi, *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009.
- E. M. Marengi, *Processo senza modello e giustizia semplificata*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 885-967
- E.M. Marengi, *Il processo senza modello tra tempo e tutela*, Torino, 2014.

- A. Meale, L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento, in AA. VV., Percorsi di diritto amministrativo, Torino, 2014, in corso di stampa.
- F. Merusi, Il codice del giusto processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2011, 1 ss.
- G. Messina, Trattato delle prove giudiziarie in materia civile e commerciale, Salerno, 1876, 154 ss.
- L. MEUCCI, Il principio organico del contenzioso amministrativo, in Giust. amm., 1891, IV, 1 ss.
- L. MEUCCI, Istituzioni di diritto amministrativo, Torino, 1905.
- A. Mezzotero, P. Mazza, Commento all'art. 63 c.p.a., in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), Codice del processo amministrativo, Roma, 2010.
- G. A. Micheli, L'onere della prova, Padova, 1942.
- L. Migliorini, L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità, Padova, 1977.
- L. Migliorini, I problemi dell'istruzione nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1988.
- L. Migliorini, Istruzione, V) Istruzione nel processo amministrativo, in Enc. Giur. Treccani, Vol. XVIII, 1990.
- L. Migliorini, L'istruttoria nel processo amministrativo, in F.G.Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, Torino, 2003.
- M. Montanari, Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in Dir. proc. amm., 2003, 354 ss.
- G. Monteleone, Manuale di diritto processuale civile, Padova, 2007.
- L. Montesano, Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile, in Rivista trim. dir. proc. civ., 1978, 191 ss.
- L. Montesano, Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1980, 233-251.
- L. Montesano, Opportunità di istruzioni preventive nella giurisdizione amministrativa, in Dir. proc. amm., Milano, 1991, 5 e ss.
- L. Mortara, Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile, III, Milano, 1923.

- M. Nigro, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960.
- M. Nigro, *L'ammissione delle prove nel processo davanti al Consiglio di Stato: poteri collegiali e poteri presidenziali*, in *Foro amm.*, 1966, II.
- M. Nigro, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foto it.*, 1967, 11 ss.
- M. Nigro, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, IV, 17.
- M. Nigro, *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989, 1 ss.
- V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *ID.*, *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1907, II.
- I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. It.*, 2011, 240.
- A. Pajno, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, 2004, n. 3, 617 e ss.
- N. Paolantonio, *L'istruzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura degli atti parlamentari*, in *Quaderni di Dir. proc. amm.*, 1991, 59 ss.
- S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in A. SCIALOJA E G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Roma-Bologna, 1987.
- L. R. Perfetti, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2008, 934.
- S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. I. Le diverse tipologie di provvedimenti "ora per allora"*, Napoli, 1995.
- S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999.
- S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011.
- G. Pesce, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, 2003.
- L. PICARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, 115 ss.
- Pico I Junoy, *El juez y la prueba, Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex secundum alligata et probata partium decidere debet, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, 2007, 35 ss, 45 ss.

Pilloni, La Cassazione e il rilievo *ex officio* della nullità contrattuale tra oggetto del giudicato, principio dispositivo e corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in Riv. civ. e prev., 2006, 1674 ss.

A. Piras, Brevi note sulla posizione del giudice nell'istruttoria, in Jus, 1956, 501 e ss.

A. Piras, Oggetto del ricorso e istruzione probatoria, Milano, 1957.

A. Piras, Interesse legittimo e giudizio amministrativo, Milano, I, 1962, 19 ss., 123 ss.

A. Police, Istruzione preventiva e processo amministrativo: riflessioni a margine di una recente pronuncia, in Dir. Proc. Amm., Milano, 1998.

A. Proto Pisani, Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile, in Foro it., 2000, V, 241 ss.

A. Proto Pisani, Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile, Foro it., 2003, 608 ss.

Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 2006.

C. Punzi, Il processo civile. Sistema e problematiche. I. I soggetti e gli atti, Torino, 2006, 308 ss.; Rota, in Carpi- Taruffo, Commentario breve al codice di procedura civile, sub art. 115, 429 ss.

L. Raggi, Questioni in materia di prova nei procedimenti dinanzi alle sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le G.P.A., in Arch. Giur. Serafinini, serie III, XIII, 1910, 177 ss.

O. RANELLETTI, Diritti subbietivi e interessi legittimi, in Foro it., 1893, I, 481 ss.

O. RANELLETTI, Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione, Milano, 1934.

E. F. Ricci, Il principio dispositivo come problema di diritto vigente, in Riv. dir. proc., 1974, 380 ss.

U. Rocco, Trattato di diritto processuale civile, II. Parte generale, Torino, 1957.

F. Saitta, Nuovi orientamenti in tema di mezzi di prova del contenzioso del pubblico impiego, in Dir. proc. amm., 1987, 599 ss.

F. Saitta, Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione, in Diritto e processo amministrativo, 2013, 116 ss.

- F. Saitta, Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 2-45.
- N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009.
- A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.
- M. A. Sandulli, La consulenza tecnica d'ufficio, in *Foro amm.*, 2008, 3533 ss.
- G. Santaniello, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano, in Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, 1988.
- G. Saredo, *Istituzioni di procedura civile*, 1873.
- B. Sassani – R. Villata, *Il processo avanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205 del 2000*, Torino, 2000.
- B. Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2008.
- B. Sassani, L'onere della contestazione, in www.judicium.it, 2011.
- S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, 450.
- F. Satta, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978, 251 ss. e
- F. Santangeli, Evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di introduzione, valutazione ed onere della prova e del principio di prova nel processo civile e nel processo amministrativo di legittimità, *Il diritto alle prova – Atti del convegno di Catania, 22-23 novembre 2008*, Torino, 2009, 19 ss.
- F. Santangeli, La non contestazione come prova liberamente valutabile, in www.judicium.it
- M. E. Schinaia, Notazioni sul regime probatorio nelle controversie del pubblico impiego, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 5 ss.
- M. E. Schinaia, Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione, in *Dir. proc. amm.*, 1999.
- V. Scialoja, Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1931, I, 1907.
- R. Scognamiglio, Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331-355.
- F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*,

F.G. Scoca, La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, in Riv. trim. dir. pubbl., I 2001.

F.G. SCOCA, La “gestazione” dell’interesse legittimo, in Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, I, Padova, 2007, 283 ss.

F. G. Scoca, Commento all’art. 63 c.p.a, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011.

F. G. Scoca, Commento all’art. 64 c.p.a., Il principio di non contestazione, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), Commentario al codice del processo amministrativo, Milano, 2011.

F.G. SCOCA, Le situazioni giuridiche soggettive dei privati, in F.G. SCOCA (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2014.

V. Spagnuolo Vigorita, Notazioni sull’istruttoria nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 1984, 16 ss.

E. Sticchi Damiani, Le parti necessarie nel processo amministrativo, Milano, 1988.

M. Taruffo, Note in tema di giudizio di fatto, in Riv. dir. civ., 1971, I, 33-51

M. Taruffo, Prove atipiche e convincimento del giudice, in Riv. dir. proc., 1973, 425 ss.

M. Taruffo, E. Silvestri, voce Istruzione. I) Diritto processuale civile, in Enc. Dir., XVIII, Roma, 1997, 8 ss.

M. Taruffo, La giustizia civile in Italia dal ‘700 ad oggi, Bologna, 1980.

M. TARUFFO, *Introduzione*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Dei Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011.

M. TARUFFO, *I fatti non contestati*, in A. CARATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011.

M. Taruffo, La prova nel processo civile, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, P. Schlesinger (diretto da), Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 2012.

S. Tarullo, Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l’ottica comunitaria ed i profili evolutivi, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2002.

S. Tarullo, Il giusto processo amministrativo. Studio sull’effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea, Milano, 2004.

- A. Travi, Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 558 ss.
- A. Travi, Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.
- A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2008.
- A. Travi, Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo, in *Dir. pubbl.*, 2010, 600-601.
- S. Trentin, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Pisa, 1910, 228 ss.
- G. Tropea, Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1142 ss.
- O. Tentolini, *La Prova Amministrativa (Parte speciale)*, Milano, 1950.
- F. Tesauro, Prova, in *Enc. dir.*, milano, III, 1999, 881 ss.
- G. Vacirca, Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove e delle controversie in materia di pubblico impiego, in *Foro amm.*, 1987, 1344 ss.
- A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988.
- G. Verde, *Contributo alla teoria dell'onere della prova*, Napoli, 1968.
- G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
- G. Verde, Prova in generale b), teoria generale e diritto processuale civile, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 625-648.
- G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1988.
- G. Verde, Dispositivo (principio), in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, 1-8.
- G. Verde, Domanda (principio della), in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989, 1 ss.
- G. Verde, Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, III, Milano, 1979, 2175.
- G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991.
- R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 455 ss.

R. Villata, Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, 1990, 201-225.

R. Villata, Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento, *Dir. proc. amm.*, 1995, 217 ss.

R. Villata, Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 2002, n. 3, 792 e ss;

G. Virga, Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità, in *dir. proc. amm.*, 1990, 121 (nota a Corte Cost. 18 maggio 1989, n. 251).

G. Virga, Conoscenza del documento da parte del difensore e decorrenza del termine, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 517 ss.

Vivenzio, Il magistrato istruttore nel quadro della riforma globale della giustizia amministrativa, in *Quad. reg.*, 1986.

G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Giustizia Amministrativa, Milano, 1954.

G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Milano, 1958.

D. Zonno, I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova, in *Giur. di merito*, 2009, 182 ss.

M. Zoppellari, La prova testimoniale nel nuovo processo amministrativo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1353 ss.