

La quarta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 5560 del 27 luglio 2021, è intervenuta sulla questione dei poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo.

In linea generale, nel processo amministrativo, con le previsioni di cui agli artt. 63, 64 e 65, D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), il legislatore ha recepito il tradizionale indirizzo giurisprudenziale che ha delineato un modello intermedio, tra quello dispositivo puro e quello inquisitorio puro, c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del principio di prova (Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2847; Cons. Stato, 22 dicembre 2005, n. 7343), con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di fornire la prova dei fatti dedotti, pur potendo fornire un “principio di prova”.

La ragione di tale modello istruttorio riposa sulla necessità di riequilibrare la posizione di sostanziale disparità tra le parti del giudizio, essendo evidente come, nel processo amministrativo impugnatorio, la posizione processuale della parte privata, nell'accedere alla documentazione rilevante, risenta della condizione di sostanziale inferiorità rispetto alla pubblica amministrazione, con la conseguente necessità dell'intervento in soccorso da parte del giudice amministrativo (artt. 64, comma 3, e 65, commi 1 e 3, c.p.a.). A differenza dell'art. 2697 c.c., dall'art. 64, comma 1, c.p.a. si ricava una correlazione – tipica del processo amministrativo – tra onere della prova e disponibilità della prova stessa: l'onere della prova cioè sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre. Il criterio di riparto dell'onere probatorio non è individuato in ragione di uno schema precostituito ed astratto, incentrato sulla valenza dei fatti (costitutiva, ovvero modificativa o estintiva), ma secondo un criterio flessibile ispirato al principio di vicinanza della prova, di modo che – qualora il privato ricorrente non sia nella disponibilità della prova – venga sollevato dal relativo onere, che verrà addossato sulla pubblica amministrazione (art. 64, comma 3, c.p.a.). Sulle parti grava comunque l'onere di allegare i fatti da provare e, dunque, di circoscrivere non solo il *thema decidendum*, ma anche il *thema probandum*: sebbene, in tema di prova, il processo amministrativo impugnatorio non sia retto dal principio dispositivo pieno, tuttavia l'attività istruttoria d'ufficio del giudice presuppone quanto meno l'allegazione dei fatti da provare, ad opera delle parti, in maniera sufficientemente circostanziata e precisa; permane in sostanza l'onere del principio di prova e l'attività istruttoria che può svolgere il giudice amministrativo ha carattere complementare e integrativo, mai invece sostitutivo della parte rimasta colpevolmente inerte.

Nei contenziosi vertenti su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le regole processuali in materia di poteri istruttori del giudice amministrativo restano identiche: le norme relative ai poteri istruttori d'ufficio del giudice (artt. 63, 64 e 65 c.p.a.), non distinguono tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva, essendo pertanto in astratto applicabili ad entrambi i tipi di giurisdizione. Il giudice amministrativo, nel suo prudente apprezzamento, deve, da un lato, rispettare il principio della parità delle parti; dall'altro lato – come visto – considerare che la ratio della sua iniziativa istruttoria è quella di colmare situazioni effettive di disparità tra le medesime parti, per venire in soccorso di quella parte che, pur con la dovuta diligenza, non è riuscita ad avere la disponibilità delle prove: sicché se deve ammettersi, in astratto, la possibilità di esercizio da parte del giudice amministrativo di poteri istruttori d'ufficio anche in relazione a diritti soggettivi, tuttavia tale esercizio deve costituire una *extrema ratio*. In altre parole nei giudizi su diritti soggettivi che si svolgono davanti al giudice amministrativo, la misura e l'ampiezza dell'onere della prova deve essere valutato caso per caso, avuto riguardo al dato sostanziale della disponibilità o meno delle prove in capo alle parti e, su questa base, tarare e calibrare, in modo assai rigoroso, l'esercizio istruttorio “suppletivo” condotto dal giudice. Peraltro, anche nel processo su interessi legittimi, è escluso il potere istruttorio d'ufficio da parte del giudice per la prova di fatti che rientrano nella disponibilità della parte; tale potere, infatti, non può essere esercitato a supplenza della parte che, pur avendo la disponibilità delle prove, non le abbia prodotte e non adduce giustificazioni per la sua omissione, con la conseguenza che deve trovare applicazione il principio dispositivo puro qualora non ricorra quella disuguaglianza di posizioni tra amministrazione e privato, che giustifica in generale l'applicazione, nel processo amministrativo, del principio dispositivo con metodo acquisitivo.

Riferimenti Normativi:

- art. 2697 c.c.
- art. 63, D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo)
- art. 64, D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo)
- art. 65, D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo)