

DIPARTIMENTO  
DI SCIENZE GIURIDICHE



**SAPIENZA**  
UNIVERSITÀ DI ROMA

---

ARMANDO DI PIETRO

**L'ISTRUZIONE NEL PROCESSO  
AMMINISTRATIVO**

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

XXVI CICLO

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

RELATORE

PROF. PAOLO LAZZARA

*a nonna Ada e nonno Armando,  
per tante ragioni*

# INDICE

## CAPITOLO PRIMO

### **Saggio introduttivo**

Introduzione (p. 8)

1. Il rapporto fra le allegazioni di fatti riservate alle parti e i poteri di cognizione del giudice: fatti principali e fatti secondari (p. 9)
2. I vincoli e gli effetti che comportano, per i poteri istruttori del giudice, le istanze istruttorie delle parti (p. 13)
  - 2.1. Il metodo acquisitivo (p. 14)
  - 2.2. Il giudice amministrativo “signore della prova” (p. 17)
  - 2.3. L’onere del principio di prova (p. 19)
3. I vincoli che comportano, per la decisione, le risultanze dell’istruttoria (p. 20)

## CAPITOLO SECONDO

### **Teoria generale dell’onere della prova**

Introduzione (p. 22)

1. Il concetto di “onere” (p. 23)
2. Il concetto di “onere della prova” (p. 24)
3. L’onere della prova oggettivo (p. 30)
  - 3.1. Il concetto di *non liquet* (p. 30)
  - 3.2. La funzione dell’onere della prova oggettivo (p. 30)
  - 3.3. Ripercussione metodologica dell’onere della prova oggettivo (p. 31)
  - 3.4. Il riparto dell’onere della prova e la c.d. “inversione” (p. 32)
4. L’onere della prova soggettivo (p. 32)
  - 4.1. L’onere della prova soggettivo astratto (p. 33)
  - 4.2. L’onere della prova soggettivo concreto (p. 33)

- 5. L'onere di allegazione (p. 34)
  - 5.1. Il fondamento dell'onere di allegazione (p. 35)
  - 5.2. Il riparto dell'onere di allegazione (p. 35)
- 6. Le presunzioni (p. 37)
  - 6.1. Le presunzioni legali (p. 37)
  - 6.2. Gli effetti delle presunzioni legali sulla decisione giudiziaria (p. 38)
  - 6.3. Le presunzioni di fatto (p. 39)
- 7. L'apprezzamento della prova (p. 40)
- 8. La misura della prova (p. 41)
- 9. La prova *prima facie* (p. 41)
- 10. L'applicazione del diritto in caso di *non liquet* (p. 43)
  - 10.1. La *Erwiesenheitstheorie* (p. 44)
  - 10.2. La *Nichtanwendungstheorie* (p. 45)
  - 10.3. La *Sondernormentheorie* (p. 48)
  - 10.4. La *Theorie der negativen Grundregel* (p. 49)
  - 10.5. La *modifizierte Normentheorie* (p. 51)
- 11. Chiarificazione del problema metodologico (p. 54)

## CAPITOLO TERZO

### **L'onere della prova nel processo amministrativo**

- Introduzione (p. 58)
- 1. Le diverse funzioni dell'onere della prova (p. 59)
  - 1.1. La funzione impulsiva (p. 60)
  - 1.2. La funzione rappresentativa (p. 62)
  - 1.3. La funzione valutativa (p. 63)
    - 1.3.1. Il principio del libero convincimento del giudice (p. 64)
    - 1.3.2. Mancata ottemperanza della p.a. all'ordine istruttorio del giudice amministrativo (p. 65)
  - 1.4. La funzione decisionale (p. 66)

2. La dottrina tedesca (p. 68)
  - 2.1. La tipologia dell'azione e la posizione delle parti nel processo (p. 68)
  - 2.2. La teoria della probabilità prevalente (p. 70)
  - 2.3. Le regole generali del diritto amministrativo (p. 71)
  - 2.4. La presunzione di legittimità (p. 73)
  - 2.5. La presunzione di libertà (p. 75)
  - 2.6. La ragionevolezza ed equità (p. 75)
  - 2.7. Il mantenimento dello *status quo* (p. 76)
  - 2.8. La teoria delle sfere (p. 77)
3. La dottrina italiana (p. 79)
  - 3.1. La tesi tradizionale (p. 79)
  - 3.2. L'antitesi (p. 80)
  - 3.3. La sintesi di Nigro (p. 81)
4. Il nostro contributo al chiarimento del dibattito (p. 83)
  - 4.1. Il metodo acquisitivo (p. 83)
    - 4.1.1. Il formante legislativo (p. 84)
    - 4.1.2. Il formante giurisprudenziale (p. 85)
    - 4.1.3. Il formante dottrinale (p. 90)
  - 4.2. La regola di giudizio in caso di mancata prova (p. 90)

## CAPITOLO QUARTO

### **Il principio di non contestazione nel processo amministrativo**

- Introduzione (p. 93)
1. Inquadramento teorico (p. 96)
    - 1.1. Principio dispositivo (p. 97)
    - 1.2. Comportamento processuale (p. 98)
    - 1.3. Principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti (p. 99)
  2. I limiti oggettivi (p. 100)
    - 2.1. La distinzione tra fatto e diritto (p. 101)

- 2.2. La disponibilità della situazione giuridica soggettiva (p. 101)
- 2.3. Fatti principali e fatti secondari (p. 102)
- 2.4. Fatti fondanti questioni processuali (p. 104)
- 2.5. Prova scritta *ad substantiam* e *ad probationem* (p. 105)
- 3. I limiti soggettivi nei processi con pluralità di parti (p. 105)
  - 3.1. La reciprocità (p. 106)
  - 3.2. La non contestazione nei processi con pluralità di parti (p. 107)
- 4. L'individuazione dei comportamenti integranti la non contestazione (p. 108)
  - 4.1. Ammissione esplicita ed espressa dichiarazione di non contestare il fatto (p. 109)
  - 4.2. Ammissione implicita (p. 110)
  - 4.3. Contestazione del solo *an* o del solo *quantum* (p. 110)
  - 4.4. Il silenzio sui fatti allegati (p. 111)
  - 4.5. La contestazione generica (p. 112)
  - 4.6. La contumacia (p. 113)
    - 4.6.1. La breve esperienza del rito societario (p. 114)
  - 4.7. La dichiarazione di non conoscere il fatto (p. 115)
- 5. Criteri di determinazione della soglia di sufficienza della contestazione (p. 115)
- 6. Limiti di revocabilità (p. 116)
- 7. Gli effetti della non contestazione (p. 116)
- 8. Il processo amministrativo (p. 119)
  - 8.1. Inquadramento teorico (p. 120)
  - 8.2. I limiti oggettivi (p. 121)
  - 8.3. I limiti soggettivi (p. 122)
  - 8.4. Comportamenti integranti la non contestazione (p. 123)
  - 8.5. Criteri di determinazione della soglia di sufficienza della contestazione (p. 124)
  - 8.6. Limiti di revocabilità (p. 125)

8.7. Gli effetti della non contestazione (p. 126)

## CAPITOLO QUINTO

### **La prova testimoniale nel processo amministrativo**

Introduzione (p. 128)

1. La prova testimoniale in generale (p. 131)
  - 1.1. Profili di diritto comparato (p. 132)
  - 1.2. La nuova testimonianza scritta nel processo ordinario di cognizione (p. 134)
2. Il processo amministrativo (p. 139)
  - 2.1. La legge Crispi del 1889 (p. 140)
  - 2.2. Il regolamento di procedura del 1907 (p. 141)
  - 2.3. La sentenza della Corte costituzionale n. 146/1987 (p. 144)
  - 2.4. Il d.lgs. 80/1998 e la l. 205/2000 (p. 145)
3. Il codice del processo amministrativo (p. 146)
  - 3.1. Accordo delle parti (p. 146)
  - 3.2. Discrezionalità del giudice (p. 148)
  - 3.3. Facoltà di sentire il testimone di persona (p. 149)
  - 3.4. Mancata costituzione della controparte (p. 151)
  - 3.5. Pubblico impiego (p. 152)
  - 3.6. Efficacia probatoria (p. 153)

Bibliografia (p. 156)

## CAPITOLO I

# SAGGIO INTRODUTTIVO

SOMMARIO: Introduzione. - 1. Il rapporto fra le allegazioni di fatti riservate alle parti e i poteri di cognizione del giudice: fatti principali e fatti secondari. - 2. I vincoli e gli effetti che comportano, per i poteri istruttori del giudice, le istanze istruttorie delle parti. - 2.1. Il metodo acquisitivo. - 2.2. Il giudice amministrativo “signore della prova”. - 2.3. L’onere del principio di prova. - 3. I vincoli che comportano, per la decisione, le risultanze dell’istruttoria.

### *Introduzione*

A livello di teoria generale, il tema dell’istruzione probatoria gravita intorno a tre fuochi <sup>(1)</sup>: 1) il rapporto fra le allegazioni di fatti riservate alle parti e i poteri di cognizione del giudice; 2) i vincoli e gli effetti che comportano, per i poteri istruttori del giudice, le istanze istruttorie delle parti; 3) i vincoli che comportano, per la decisione, le risultanze dell’istruttoria.

Se la dottrina processualcivilistica, che da secoli si affatica intorno al problema dell’istruzione probatoria, è “tutt’altro che persuasa dei risultati raggiunti e ricerca tuttora il contributo e il collaudo dell’esperienza, che dire - si chiedeva Mario Nigro - dello stesso problema per un processo, come quello amministrativo, di vita molto più breve, di struttura gravemente incerta, rispetto al quale per giunta flussi giurisprudenziali e schematizzazioni concettuali non hanno trovato finora punti di raccordo soddisfacenti?” <sup>(2)</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, 261 ss.; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002, 270.

<sup>2</sup> NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1967, V, 9 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1996, 699.



In termini nietzscheani, la nostra grande ambizione è di dominare il caos, di costringere il caos a diventare forma, a diventare logico, semplice, univoco, matematica, legge <sup>(3)</sup>.

1. *Il rapporto fra le allegazioni di fatti riservate alle parti e i poteri di cognizione del giudice: fatti principali e fatti secondari*

È d'uopo prendere le mosse dallo stato attuale dell'arte, in dottrina e in giurisprudenza, al fine di individuare i plessi teorici da affrontare nei capitoli successivi.

Il primo punto da sviscerare attiene all'individuazione dei fatti che possono essere allegati e fatti valere solo dalle parti.

Per rispondere a questa domanda, la dottrina e la giurisprudenza si servono di due categorie che vanno sotto il nome di "fatti principali" e "fatti secondari" <sup>(4)</sup>.

È pacifico che, nel processo amministrativo, i fatti principali - *id est* i fatti materiali su cui si fonda l'azione, gli elementi di fatto

---

<sup>3</sup> Cfr. NIETZSCHE, *Nachgelassene Fragmente*, 1887-1889: "Über das Chaos Herr werden das man ist; sein Chaos zwingen, Form zu werden; Nothwendigkeit werden in Form: logisch, einfach, unzweideutig, Mathematik werden; Gesetz werden: das ist hier die große Ambition".

<sup>4</sup> Secondo COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Utet, Torino, 1987, 280, nota 47, "gli uni sono direttamente integrativi della fattispecie legale da cui trae origine il diritto azionato od il controdiritto eccepito; gli altri sono fonti conoscitive, per così dire, indirette (o di secondo grado), da cui è dato argomentare l'esistenza, l'inesistenza o il modo d'essere dei primi". Secondo PATTI, *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2010, 2, "è principale il fatto costitutivo del diritto dedotto in azione; come pure il fatto impeditivo, modificativo od estintivo dedotto in eccezione. È secondario il fatto che consente di acquisire l'elemento principale secondo il (...) meccanismo probatorio indiretto".

costitutivi della pretesa - possano essere individuati e allegati solo dalle parti (<sup>5</sup>).

Ciò significa che il processo amministrativo è un processo di parti retto dal principio della domanda (<sup>6</sup>), in quanto spetta esclusivamente alle parti il potere di instaurare il processo e di perimetrarne l'oggetto. Il giudice, per contro, è privo sia del potere di iniziativa processuale (*nemo iudex sine actore*) che del potere di individuare l'oggetto del processo (*ne eat iudex ultra vel petita partium*) (<sup>7</sup>).

La dottrina è invece profondamente divisa quando sposta l'attenzione sui fatti secondari (<sup>8</sup>).

Un primo orientamento, che si può far risalire a Feliciano Benvenuti (<sup>9</sup>), inquadra l'allegazione dei fatti secondari nel principio della domanda, e per ciò stesso non riconosce al giudice

---

<sup>5</sup> Cfr. TRAVI, cit., 261-262; GIANI, *La fase istruttoria*, in SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, 371; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013, 946.

<sup>6</sup> Cfr. SCOCA, *Il modello processuale*, in SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, 146 ss.; LUGO, *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1068 ss.

<sup>7</sup> Cfr. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Giuffrè, Milano, 2005, 338 ss.

<sup>8</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 290 ss.

<sup>9</sup> BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, 141 ss. Sulla stessa linea NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, cit., 13; MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189 ss.; LUGO, *Il potere dispositivo*, cit., 1072 ss.; VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 209 ss.; LA TORRE, *Il sistema delle prove davanti al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, III, 558 ss.

amministrativo il potere di servirsi di fatti secondari che non siano affermati da una delle parti.

Un secondo orientamento, facente capo a Lorenzo Migliorini<sup>(10)</sup>, riconosce al giudice amministrativo tale potere, collocando l'allegazione dei fatti secondari - a differenza dell'allegazione dei fatti principali, che è espressione del principio della domanda - nelle questioni di "tecnica"<sup>(11)</sup> processuale.

Ad una attenta analisi, peraltro, la contrapposizione tra i due fronti risulta più apparente che reale<sup>(12)</sup>, se si tiene conto del passo in cui Migliorini - citando uno scritto di Aldo Piras<sup>(13)</sup> - sostiene che "l'introduzione dei fatti secondari ad opera del giudice non implica il riconoscimento di corrispondenti poteri di indagine extra-processuale. Tale introduzione infatti si realizza attraverso l'utilizzazione dei mezzi istruttori di cui il giudice dispone. La conoscenza di fatti secondari non affermati, ma comunque rilevanti ai fini della rappresentazione dei fatti

---

<sup>10</sup> MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Cedam, Padova, 1977, 78 ss. Sulla stessa linea GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1994, 59 ss.; CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Utet, Torino, 1966, 1084; LASCHENA, *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Istituto poligrafico, Roma, 1981, 1811 ss.; D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Società editrice libraria, Roma, 1916, 264 ss.

<sup>11</sup> Sulla distinzione tra tutela giurisdizionale e tecnica del processo si veda il saggio di CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Giuffrè, Milano 1951, 695 ss.

<sup>12</sup> Cfr. BERTONAZZI, cit., 404 ss.

<sup>13</sup> PIRAS, *Brevi note sulla posizione del giudice nell'istruzione*, in *Jus*, 1956, 498 ss.

principali, ha quindi luogo sul piano processuale e ricollega ai poteri istruttori riconosciuti al giudice nel nostro processo” (14).

A livello di teoria generale, ciò significa che, all’interno della categoria dei fatti secondari, devono individuarsi due ulteriori sottocategorie: i fatti secondari “fonti di prova” e i fatti secondari “mezzi di prova” (15).

Di qui la tesi di Feliciano Benvenuti, secondo cui i “mezzi probatori non possono essere ordinati se non per verificare la verità di quei fatti la cui sussistenza risulti esplicitamente o implicitamente dal materiale processuale” (16).

In altri termini, i fatti secondari-mezzi di prova non possono essere ordinati se non per verificare la verità dei fatti principali o dei fatti secondari-fonti di prova la cui sussistenza risulti esplicitamente o implicitamente dal materiale processuale (17).

Per la nostra tesi al riguardo si rinvia al cap. III.

---

<sup>14</sup> MIGLIORINI, cit., 105, nota 44.

<sup>15</sup> Cfr. BENVENUTI, *L’istruzione*, cit., 99, nota 50, 295; DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull’istruttoria*, cit., 294.

<sup>16</sup> BENVENUTI, *L’istruzione*, cit., 157.

<sup>17</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull’istruttoria*, 295 ss., secondo cui “sembra corretto sottolineare che l’attribuzione all’organo giudicante di un’ampia potestà acquisitiva in ordine ai mezzi di prova condurrà alla configurazione di una semplice variante di metodo (acquisitivo appunto) al sistema dispositivo puro, soltanto se sarà rimessa alla esclusiva iniziativa delle parti l’introduzione dei fatti oggetto delle loro affermazioni e di quelli costituenti fonti di prova; altrimenti si sarà in presenza di una deroga al detto sistema, che risulterebbe profondamente snaturato”.

## 2. I vincoli e gli effetti che comportano, per i poteri istruttori del giudice, le istanze istruttorie delle parti

Il secondo profilo da esaminare concerne la prova dei fatti (<sup>18</sup>).

In uno scritto del 1916, Federico Cammeo osservava che, a differenza del processo civile, l'istruzione probatoria nel processo amministrativo, oltre al principio dell'assoluto libero convincimento del giudice, gravitasse intorno al principio della prova di ufficio e non a proposizione di parte (<sup>19</sup>).

Questa intuizione è stata elevata a livello scientifico (<sup>20</sup>) dalla dottrina successiva, la quale ha forgiato i concetti che vanno sotto il nome di “metodo acquisitivo” (<sup>21</sup>) e “onere del principio di prova” (<sup>22</sup>).

---

<sup>18</sup> Cfr. TRAVI, cit., 262, secondo cui “una cosa è “allegare” un fatto, e cioè enunciarlo come sussistente, introdurlo nel processo attraverso gli atti difensivi e invocarlo a sostegno delle proprie conclusioni, altra cosa è dimostrare la realtà storica di quel fatto”.

<sup>19</sup> CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giust. it.*, 1916, III, 103.

<sup>20</sup> Sul rapporto tra intuizioni e concetti restano memorabili le parole di KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, B 75, secondo cui “Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind”.

<sup>21</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 248 ss., 282 ss.; NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, cit., 685 ss.; VILLATA, *Considerazioni*, cit., 200 ss.; VILLATA, *Riflessioni*, cit., 210 ss.; LUGO, *Considerazioni sulla istruzione nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1977, 420 ss.; LUGO, *Il potere dispositivo*, cit., 1075 ss.

<sup>22</sup> Cfr. CAMMEO, cit., 110; BENVENUTI, *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, 776 ss.; VILLATA, *Considerazioni*, cit., 217 ss.; VILLATA, *Riflessioni*, cit., 211 ss.; CANNADA BARTOLI, cit., 1085; NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, cit., 686; LUGO, *Considerazioni*, cit., 417 ss.; LUGO, *Il potere dispositivo*, cit., 1077 ss.; MICHELI, *L'onere della prova*, 1942, rist. Cedam, Padova, 1966, 280 ss.

### 2.1. *Il metodo acquisitivo*

Nella sistematica benvenutiana <sup>(23)</sup>, ispirata alla razionalizzazione tramite coppie di opposti operata dal von Canstein <sup>(24)</sup>, il metodo dispositivo e il metodo acquisitivo vengono inquadrati all'interno del sistema istruttorio dispositivo in senso lato, in cui il giudice - a differenza del sistema istruttorio inquisitorio - si deve attenere, nella ricerca della verità, ai fatti secondari introdotti dalle parti nel processo <sup>(25)</sup>.

Mentre in un processo informato al metodo dispositivo puro le parti dispongono del monopolio sulle iniziative istruttorie, all'interno del metodo acquisitivo le iniziative istruttorie sono appannaggio esclusivo del giudice <sup>(26)</sup>.

Il metodo dispositivo si basa su due “condizioni naturali”: a) la condizione di diversità in cui si trovano nel processo le parti nei confronti dell'oggetto del giudizio e nei confronti della sentenza; b) la condizione di uguale possibilità che hanno le parti di disporre dei fatti da introdurre nel processo <sup>(27)</sup>.

Il cuore del metodo dispositivo risiede nel fatto che spetta “alle sole parti di determinare, oltre che nell'ambito della realtà extraprocessuale, anche nell'ambito dei fatti introdotti nel processo, quelli che il giudice deve considerare e che sono

---

<sup>23</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 21 ss., 39 ss., 207 ss., 267 ss.

<sup>24</sup> Cfr. VON CANSTEIN, *Die rationelle Grundlagen des Civilprozesses*, Manz, Wien, 1877, *passim*.

<sup>25</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 184-185.

<sup>26</sup> Sui tratti caratteristici dei due metodi si rinvia a BERTONAZZI, cit., 504 ss.

<sup>27</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 207.

sufficienti per dare una rappresentazione dei fatti conforme a quella realtà che ognuna di esse ritiene vera”<sup>(28)</sup>.

Dal momento che in ogni ordinamento si è soliti attribuire al giudice dei poteri istruttori d’ufficio più o meno penetranti, è appena il caso di rilevare che il metodo dispositivo puro non è attuato in nessun processo<sup>(29)</sup>.

Nel caso in cui manchi - come nel processo amministrativo<sup>(30)</sup> - una delle due condizioni naturali su cui si fonda il metodo dispositivo, si rende necessario il metodo acquisitivo.

Qual è, allora, la differenza tra i due metodi?

In entrambi l’introduzione dei fatti è riservata alle parti: solo che - come osserva Benvenuti - “nel metodo dispositivo quell’introduzione è mezzo per la disposizione del fatto ad opera della parte, e perciò all’onere dell’introduzione si sovrappone, assorbendolo, l’onere della disposizione; nel metodo acquisitivo, invece, l’introduzione del fatto è mezzo per la disposizione che ne opererà il giudice e perciò all’onere dell’introduzione consegue il dovere del giudice”<sup>(31)</sup>.

---

<sup>28</sup> BENVENUTI, *L’istruzione*, cit., 211.

<sup>29</sup> BENVENUTI, *L’istruzione*, cit., 224.

<sup>30</sup> Al riguardo, BENVENUTI, *L’istruzione*, cit., 283, osserva che “se è vero che non tanto vi è probabilità che manchi in tale processo una diversità di interesse delle parti nei riguardi dell’oggetto del giudizio e conseguentemente nei riguardi dei fatti probatori, è certo però che proprio sul terreno materiale le parti si trovano in una posizione di non equivalenza tale che all’una di esse, e precisamente il privato, è sommamente difficile, per non dire che in talune ipotesi è perfino impossibile, procurarsi la disponibilità del materiale di fatto necessario al processo”.

<sup>31</sup> BENVENUTI, *L’istruzione*, cit., 295.

L'introduzione dei fatti ad opera della parte non si manifesta come un negozio giuridico di disposizione, ma come un mero atto di introduzione, destinato a diventare contenuto del provvedimento acquisitivo del giudice <sup>(32)</sup>.

Con maggiore impegno esplicativo, la logica sottesa al metodo acquisitivo viene riassunta dalla dottrina più recente in questi termini: “nell'ambito dei fatti che appaiono sulla scena del processo per esservi stato introdotti dalle parti (in coerenza con il carattere dispositivo del sistema istruttorio), il giudice individua quelli rilevanti ai fini del giudizio di verità sul fatto principale affermato dal ricorrente e ne opera la disposizione processuale, acquisendoli al processo come temi di prova e rendendoli, per ciò solo, necessariamente rilevanti ai fini della decisione e bisognosi di prova. Contestualmente il giudice dispone l'ammissione dei mezzi di prova che stimi volta per volta più adatti a rappresentare i fatti nel processo” <sup>(33)</sup>.

Premesso che la nostra tesi sul metodo acquisitivo verrà esposta nel cap. III, par. 4 e seguenti, occorre chiedersi, in primo luogo, se il giudice amministrativo possa essere considerato tuttora come “signore della prova” (si rinvia al par. 2.2).

In secondo luogo, deve essere chiarita la gittata del metodo acquisitivo, mettendo in luce i casi che non rientrano nel suo ambito di operatività: la disponibilità della prova *ex art.* 64,

---

<sup>32</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 285.

<sup>33</sup> BERTONAZZI, cit., 509 ss.



comma 1, c.p.a. (si rinvia cap. III) e l'istanza di prova testimoniale *ex art. 63, comma 3, c.p.a.* (si rinvia al cap. V).

Infine, occorre appurare come si atteggia il metodo acquisitivo a fronte dell'ingresso, nel processo amministrativo, del principio di non contestazione *ex art. 64, comma 2, c.p.a.* (si rinvia al cap. IV).

## 2.2. *Il giudice amministrativo "signore della prova"*

Nel paragrafo precedente si è rilevato che, dove vige il metodo acquisitivo, le istanze istruttorie delle parti vengono dequotate a "atti di pre-iniziativa istruttoria, mere manifestazioni di desiderio, capaci al più di stimolare o sollecitare poteri acquisitivo-istruttori ad attivazione sempre officiosa" <sup>(34)</sup>.

Per questo motivo Mario Nigro, in uno scritto del 1967, osservava che, sia per il Consiglio di Stato che per il Conseil d'État, il giudice amministrativo fosse il "signore della prova" <sup>(35)</sup>.

---

<sup>34</sup> BERTONAZZI, cit., 512.

<sup>35</sup> NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, cit., 691. L'espressione "signore della prova" deriva dalle conclusioni di Maxime Letourner, *Commissaire du Gouvernement nell'affaire Barel* del 28 maggio 1954, secondo cui il giudice amministrativo è "maître de l'instruction et donc de la preuve". Le conclusioni di Letourner si possono leggere in *Rev. dr. publ.*, 1954, 519 ss.: "le juge administratif dirige l'instruction lui-même; il en est maître; et, en outre en matière de recours pour excès de pouvoir, sans mettre la charge de la preuve exactement à la charge du requérant ou de l'administration, il apprécie librement, au vu de l'ensemble des pièces du dossier, si les faits allégués par l'un ou par l'autre peuvent être regardés comme établis et comme exacts. Il en résulte que l'exercice du contrôle qui lui appartient nécessairement variera, non pas d'après le bon vouloir de l'administration active, liée dans tous les cas par l'obligation de permettre l'examen juridictionnel, mais uniquement d'après la volonté du juge,

Premesso che la nostra tesi al riguardo verrà avanzata nel cap. III, ci sembra opportuno svolgere qualche considerazione preliminare sulla discrezionalità del giudice amministrativo nell'ammettere i mezzi di prova, al fine di verificare se possa essere considerato tuttora come "signore della prova".

Sul punto, non può non richiamarsi l'evoluzione dottrinale sul diritto alla prova <sup>(36)</sup>, vale a dire il diritto della parte di utilizzare tutte le prove di cui dispone per dimostrare la verità dei fatti a fondamento della sua pretesa.

Ciò significa che il giudice amministrativo non può respingere l'istanza di ammissione di un mezzo di prova adducendo di avere già raggiunto un convincimento di segno contrario <sup>(37)</sup>.

Con le parole di Riccardo Villata, potremmo dire che "l'asserita discrezionalità del giudice nell'istruttoria non deve condurre ad escludere prove richieste dalle parti su un punto relativamente al quale il giudice stesso non ha già maturato un convincimento conforme alle loro tesi" <sup>(38)</sup>.

In definitiva, il comportamento del g.a. in ambito di ammissibilità e rilevanza delle prove deve adeguarsi al principio

---

directeur de l'instruction, qui se déterminera, en conscience, au vu des divers éléments de chaque expèce".

<sup>36</sup> Cfr. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss. Peraltro, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2012, 179, nota 14, ha osservato che questo diritto, in realtà, non è altro "che l'espressione sintetica della disciplina in tema di rilevanza e ammissibilità delle prove nella sua ovvia esigenza di assoggettamento al controllo di legittimità costituzionale".

<sup>37</sup> VILLATA, *Riflessioni*, cit., 212-213.

<sup>38</sup> VILLATA, *Considerazioni*, cit., 227.

costituzionale del diritto alla tutela giurisdizionale *ex art. 24*, comma 2, Cost.

### 2.3. *L'onere del principio di prova*

Già Federico Cammeo osservava che, a fronte del principio della prova di ufficio (e non a proposizione di parte), non poteva parlarsi di “onere della prova” dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato: “per rigorosi che vogliasi essere a carico del ricorrente in questa materia, non si può mai andar oltre all'affermazione che gli incombe l'onere di provare l'inverosimiglianza dei fatti dedotti dall'amministrazione e la verosimiglianza e opportunità della prova: ma non mai che gli faccia carico di fornire per intero la prova stessa” (<sup>39</sup>).

Ciò premesso, deve attribuirsi a Mario Nigro il merito di avere illustrato la fenomenologia dell'onere del principio di prova.

Egli ha mostrato che l'onere del principio di prova è un concetto che deriva dalla giurisprudenza del *Conseil d'État*, secondo cui il ricorrente non avrebbe l'onere della prova, ma - normalmente - solo quello di un principio di prova

---

<sup>39</sup> CAMMEO, cit., 110. Sul principio dell'onere di prova nella dottrina più risalente, cfr. altresì CANNADA BARTOLI, cit., 1085, secondo cui “il ricorrente non può conoscere compiutamente la situazione lesiva espressa nel provvedimento notificatogli e che dovrà impugnare entro i noti termini; egli può essere responsabile della scelta dei fatti affermati nel ricorso soltanto nei limiti di tale conoscenza. In tal modo si può spiegare, oltre la presentazione dei motivi aggiunti, perché nel processo amministrativo il ricorrente possa fondare la domanda su un principio di prova, prospettando al giudice, in base ai fatti allegati, uno schema attendibile di ricostruzione storica (e valutazione giuridica) degli avvenimenti”.

(“commencement de preuve”): “quello che gli si domanda in definitiva non è tanto di offrire delle vere e proprie presunzioni o indizi, quanto di essere preciso e deciso nella sua contestazione e di prospettare dei fatti dotati di verosimiglianza; egli deve convincere il tribunale della “serietà” della contestazione, il carattere serio della contestazione potendosi dedurre anche dalla logicità, fermezza e costanza delle affermazioni e delle negazioni”<sup>(40)</sup>).

Di qui la conclusione che il Consiglio di Stato italiano è schierato sulla stessa linea della giurisprudenza francese: “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”<sup>(41)</sup>).

Per la nostra tesi sull’attualità o inattualità del concetto di “onere del principio di prova” si rinvia al cap. III.

### *3. I vincoli che comportano, per la decisione, le risultanze dell’istruttoria*

Circa i vincoli che comportano, per la decisione, le risultanze dell’istruttoria, il processo amministrativo si basa sul principio

---

<sup>40</sup> Cfr. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, cit., 686.

<sup>41</sup> NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, cit., 689.

del prudente apprezzamento del giudice *ex art. 64, comma 4, c.p.a.* (<sup>42</sup>).

Da ciò deriva l'esclusione, nel processo amministrativo, delle prove legali *ex art. 63, comma 5, c.p.a.*, ad eccezione dell'atto pubblico *ex art. 2700 c.c.* (<sup>43</sup>).

A nostro avviso, peraltro, il principio del prudente apprezzamento del giudice - così come il metodo acquisitivo - dovrà essere considerato in rapporto dialettico con il principio di non contestazione (si rinvia al cap. IV).

Infine, considerato che la dottrina più risalente, a fronte del principio della prova di ufficio, escludeva l'esistenza di una regola di giudizio in caso di *non liquet*, rimettendo al libero apprezzamento del giudice lo scioglimento della situazione di incertezza (<sup>44</sup>), dovrà essere messa a tema la questione del *non liquet* (si rinvia al cap. II) e del suo superamento nel processo amministrativo (si rinvia al cap. III).

---

<sup>42</sup> Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo si rinvia a VILLATA, *Riflessioni*, cit., 215 ss.; DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria*, cit., 276 ss.; 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, 25 ss.; BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 311 ss.

<sup>43</sup> Cfr. TRAVI, cit., 265.

<sup>44</sup> Cfr. CAMMEO, cit., 110; CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, cit., 1086; NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, cit., 694 ss.; BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 377 ss.

## CAPITOLO II

# TEORIA GENERALE DELL'ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: Introduzione. - 1. Il concetto di “onere”. - 2. Il concetto di “onere della prova”. - 3. L'onere della prova oggettivo. - 3.1. Il concetto di *non liquet*. - 3.2. La funzione dell'onere della prova oggettivo. - 4. L'onere della prova soggettivo. - 4.1. L'onere della prova soggettivo astratto. - 4.2. L'onere della prova soggettivo concreto. - 5. L'onere di allegazione. 5.1. Il fondamento dell'onere di allegazione. - 5.2. Il riparto dell'onere di allegazione. - 6. Le presunzioni. - 6.1. Le presunzioni legali. - 6.2. Gli effetti delle presunzioni legali sulla decisione giudiziaria. - 6.3. Le presunzioni di fatto. - 7. L'apprezzamento della prova. - 8. La misura della prova. - 9. La prova *prima facie*. - 10. L'applicazione del diritto in caso di *non liquet*. - 10.1. La *Erwiesenheitstheorie*. - 10.2. La *Nichtanwendungstheorie*. - 10.3. La *Sondernormentheorie*. - 10.4. La *Theorie der negativen Grundregel*. - 10.5. La *modifizierte Normentheorie*. - 11. Chiarificazione del problema metodologico.

### *Introduzione*

La trattazione dell'onere della prova <sup>(1)</sup> nel processo amministrativo risulta già in partenza onerata da una “doppia ipotesi” <sup>(2)</sup>: una psicologico-letteraria e l'altra quantitativo-tematica.

La prima deriva dall'aspettativa di scrivere, per il processo amministrativo, qualcosa di comparabile con la *Normentheorie* elaborata per il processo civile dal Rosenberg (si rinvia al cap. III).

La seconda, che verrà affrontata in questo capitolo, dipende dal fatto che chi vuole occuparsi dell'onere della prova, non può

---

<sup>1</sup> Sulla fenomenologia dell'onere della prova si veda MICHELI, *L'onere della prova*, 1942, rist. Cedam, Padova, 1966, 3 ss.

<sup>2</sup> Cfr. NIERHAUS, *Beweismaß und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß*, Vahlen, München, 1989, 9 ss.

mettere a tema - stante l'evidente interdipendenza del tema - soltanto l'onere della prova (<sup>3</sup>).

Appare opportuno allora prendere le mosse da una chiarificazione generale del concetto di "onere" ("Last") e della problematica che va sotto il nome di "onere della prova" ("Beweislast"), dal momento che nessuna ricerca scientifica può fare a meno di una delucidazione preliminare dei concetti di cui tratta.

### 1. Il concetto di "onere"

Per un breve cenno di *Begriffsgeschichte*, è appena il caso di ricordare che la fenomenologia del concetto di "onere" (<sup>4</sup>) si articola all'interno dei due estremi della rilevanza giuridica come autonoma categoria del diritto civile e, dall'altro lato, del limbo del giuridicamente irrilevante.

Le teorie che sono state elaborate al riguardo dalla dottrina possono essere raggruppate in tre filoni (<sup>5</sup>): a) le teorie positive,

---

<sup>3</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 9, secondo cui "wer von der Beweislast handelt, kann nicht nur von der Beweislast handeln".

<sup>4</sup> Sul concetto di onere si vedano GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970; CAREDDA, *Onere*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. \*\*\*\*\**, Utet, Torino, 2013, 428 ss.; DURANTE, *Onere*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, Roma, 1991, 1 ss.; SCOZZAFAVA, *Onere (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 99 ss.; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Foro italiano, Roma, 1951; BETTI, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 53 ss.; BETTI, *Diritto romano*, I, Cedam, Padova, 1935, 411 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Foro italiano, Roma, 1936, 125 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1950, 101 ss.; BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, 1913, rist. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1979.

<sup>5</sup> Cfr. GAVAZZI, cit., 11.

che danno una definizione di onere e gli assegnano una specifica funzione; b) le teorie negative, che respingono l'autonomia della categoria; c) le teorie riduzionistiche, che pur non negando la possibilità astratta di definire la nozione di onere, la riconducono ad altre categorie già esistenti.

In questa sede non è necessario prendere posizione nel dibattito dottrinale sul concetto di “onere”.

Quello che interessa è comprendere il rapporto tra onere e onere della prova, in quanto, nonostante l'apparente coincidenza, la riconducibilità dell'onere della prova al più generale concetto di onere è oggetto di discussione (<sup>6</sup>).

## 2. Il concetto di “onere della prova”

Secondo la dottrina prevalente (<sup>7</sup>), l'art. 2697 c.c. contiene una fattispecie inquadrabile all'interno della categoria di “onere”.

Accettando le teorie negative (<sup>8</sup>) o riduzionistiche che sono state elaborate sulla figura dell'onere, va da sé che “onere della prova” è un'espressione scorretta per compendiare l'istituto giuridico di cui all'art. 2697 c.c., nonostante il titolo che esso

---

<sup>6</sup> Cfr. CAREDDA, cit., 437.

<sup>7</sup> Si vedano MICHELI, cit., 59 ss., 95 ss.; TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, 67; RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 142.

<sup>8</sup> L'autonomia della figura è stata negata da IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Jovene, Napoli, 1973, 51 ss. Peraltro, già CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1956, 233 individuava nell'onere uno dei tanti modi di considerare il processo di produzione degli effetti giuridici.



reca (“onere della prova”, appunto): come è noto, *rubrica legis non est lex*.

La questione, dunque, si pone prendendo le mosse dalle teorie positive (<sup>9</sup>).

A nostro avviso, deve convenirsi con quanto rilevato da Rodolfo Sacco (<sup>10</sup>), secondo cui, se si parla di “onere” della prova, il soggetto onerato dovrebbe soccombere tutte le volte che la prova medesima non è acquisita per effetto della “sua propria” attività processuale (<sup>11</sup>), il che non corrisponde al vero.

Gli argomenti che depongono a sostegno di questa tesi sono almeno quattro (<sup>12</sup>): i poteri istruttori d’ufficio del giudice, il principio di acquisizione processuale, il principio di non contestazione e il principio secondo cui *notoria non egent probatione*.

Di qui la necessità di “ricercare una formula che indichi, anziché la posizione del soggetto di fronte alla mancata prova, la posizione della circostanza, di cui occorre la prova, di fronte all’eventualità che la prova non riesca” (<sup>13</sup>).

---

<sup>9</sup> La più autorevole è, a nostro avviso, quella sostenuta da GAVAZZI, cit., 164 ss.

<sup>10</sup> SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 399 ss.

<sup>11</sup> Sulla stessa linea MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, de Gruyter, Berlin-New York, 1975, 39, secondo cui non si può parlare di “onere” quando il mancato vantaggio non è una conseguenza inevitabile dell’inattività.

<sup>12</sup> Cfr. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., 69 ss.

<sup>13</sup> SACCO, cit., 404.

L'accento - come ha osservato Gian Antonio Micheli - si sposta allora “dalla attività di prova, esplicita dalle parti, alla attività di giudizio dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che la prima perde il proprio carattere di condizione necessaria e sufficiente per il conseguimento di una decisione favorevole. In questo sta, si può dire, il fenomeno che la dottrina moderna ha in vario modo individuato e descritto rispetto alla teorica dell'onere della prova”<sup>(14)</sup>.

Dovrebbe parlarsi, pertanto, di “rischio della mancata prova”<sup>(15)</sup> o di “aumento di rischio”<sup>(16)</sup> di rigetto della domanda o dell'eccezione.

Quanto detto non esclude tuttavia che si possa continuare ad adoperare la terminologia tradizionale: “si tratta in definitiva di nomi più o meno appropriati, per cui, una volta precisato che cosa si intende con ciascuno di essi, si può e si deve proseguire nell'indagine”<sup>(17)</sup>.

Occorre però tenere presente - come ha osservato Salvatore Patti - “che la conseguenza negativa collegata all'inerzia della parte chiamata a fornire la prova non è necessaria né automatica bensì eventuale e, in genere, più probabile. Il termine “onere” viene quindi usato in senso improprio: soltanto come “carico”

---

<sup>14</sup> MICHELI, cit., 57 ss., secondo cui “è necessario porre in evidenza come la regola dell'onere della prova si sia venuta trasformando da regola di prova legale in regola di giudizio, sempre conservando il giudice il dovere di pronunciare in ogni caso, anche in situazioni di dubbio”.

<sup>15</sup> SACCO, cit., 402.

<sup>16</sup> PATTI, *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2010, 79.

<sup>17</sup> VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1974, 17.

della prova, che una parte affronta ai fini “pratici”, per vedere aumentare le possibilità di “convincere” il giudice e conseguentemente di vedere accolta la sua domanda” (18).

Entrando *in medias res*, la dottrina (19) distingue, da un lato, tra onere della prova oggettivo e onere della prova soggettivo (20), e dall’altro tra onere della prova astratto e onere della prova concreto (21).

La piattaforma concettuale su cui poggia il presente capitolo deriva dall’opera del Prütting (22), e può essere riepilogata in sette punti.

1) L’onere della prova oggettivo è sempre, nello stesso tempo, astratto, dunque non può mai sussistere un onere della prova oggettivo concreto.

Infatti, l’onere della prova oggettivo è indipendente dal processo concreto e serve per decidere la controversia in caso di definitivo *non liquet*. In questo caso, è irrilevante chi, in concreto, abbia addotto o omesso la prova in caso di definitivo *non liquet*. Per questo motivo, esso può chiamarsi semplicemente “onere della prova oggettivo”, ed è sottinteso che esso sia sempre “astratto”.

2) L’onere della prova soggettivo, per contro, può essere sia astratto che concreto.

---

<sup>18</sup> PATTI, cit., 79 ss.

<sup>19</sup> Cfr. PRÜTTING, *Gegenwärtsprobleme der Beweislast*, C. H. Beck, München, 1983, 8 ss.

<sup>20</sup> Cfr. PATTI, cit., 57 ss.

<sup>21</sup> Cfr. PATTI, cit., 62 ss.

<sup>22</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 8 ss.

Si fa riferimento all'onere della prova soggettivo astratto quando ci si chiede, all'inizio di un processo, chi debba provare qualcosa.

Ci si riferisce all'onere della prova concreto quando ci si chiede, nel corso di un processo, chi debba portare “da un certo momento in poi” determinate prove.

Questo doppio risvolto viene spesso tralasciato, e porta ad alcuni errori.

Ad esempio, si sostiene che la prova *prima facie* inverte sempre l'onere della prova <sup>(23)</sup>, senza specificare cosa si intende con questa espressione. Come si mostrerà in seguito, la prova *prima facie* può modificare l'onere della prova soggettivo concreto, ma non può mai invertire l'onere della prova oggettivo; altrimenti, la decisione fondata su una prova *prima facie* non messa in discussione dall'avversario dovrebbe basarsi su un *non liquet*, il che viene unanimemente escluso.

3) All'inizio di ogni processo, onere della prova soggettivo astratto e concreto devono necessariamente coincidere. Ad una loro divaricazione si giunge soltanto nei casi in cui il giudice abbia raggiunto un convincimento provvisorio sullo stato dei fatti. Fino all'inizio di un processo, pertanto, non ha senso distinguere l'onere della prova soggettivo concreto dall'onere della prova soggettivo astratto.

---

<sup>23</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 98, 130.

4) Onere della prova oggettivo e onere della prova soggettivo astratto coincidono sempre. Per contro, l'onere della prova soggettivo concreto può essere diversamente ripartito, ad es. quando il giudice, tramite l'attività istruttoria della parte su cui ricade l'onere della prova astratto, abbia già raggiunto un convincimento provvisorio.

5) L'onere della prova soggettivo astratto risulta attenuato dal principio della acquisizione processuale, secondo cui la prova acquisita può essere utilizzata dal giudice anche a sfavore della parte che l'ha adottata.

6) Mentre l'onere della prova oggettivo non dipende dal singolo processo, ed è dunque una questione di diritto, l'onere della prova soggettivo concreto dipende dal relativo apprezzamento della prova, ed è dunque una questione di fatto. In fondo, esso costituisce soltanto una conseguenza non autonoma dell'apprezzamento della prova. Perciò sarebbe preferibile se, al posto di "onere della prova soggettivo concreto", si dicesse "onere di portare la controprova".

7) La cartina al tornasole per distinguere, in un caso concreto, tra l'onere della prova oggettivo e l'onere della prova soggettivo concreto, è la seguente: se il fondamento della sentenza sarà una situazione di *non liquet*, allora si tratta di onere della prova oggettivo; se, per contro, vi è uno stato di fatti accertato, allora si tratta di onere della prova soggettivo concreto.

### 3. *L'onere della prova oggettivo*

Una decisione giudiziaria che si fonda sull'onere della prova oggettivo viene emanata quando sussiste una situazione definitiva di *non liquet* nella questione di fatto.

#### 3.1. *Il concetto di non liquet*

Dalla constatazione che si può parlare di *non liquet* soltanto alla fine del processo deriva che l'onere della prova oggettivo acquista significato soltanto in questo momento: quando il fatto resta incerto, il giudice - come è stato efficacemente detto - “compie un passo indietro, ripartendo da zero ed applicando la regola sull'onere della prova”<sup>(24)</sup>.

Pertanto, la situazione di *non liquet* viene superata attraverso una decisione giudiziaria che si fonda sull'onere della prova oggettivo.

#### 3.2. *La funzione dell'onere della prova oggettivo*

Più avanti si tratterà della questione dal punto di vista metodologico.

Qui è sufficiente evidenziare lo scopo dell'onere della prova oggettivo, cioè il rendere possibile una decisione nonostante l'oscurità nella questione di fatto.

---

<sup>24</sup> PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in GLENDI-PATTI-PICOZZA, *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, Giappichelli, Torino, 1986, 52. Sulla differenza tra verità, verosimiglianza e probabilità nel processo cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, 143 ss.

L'onere della prova oggettivo è una forma legislativa di riparto del rischio di *non liquet*: si tratta, dunque, di una “regola di giudizio” (25).

### 3.3. Ripercussione metodologica dell'onere della prova oggettivo

Occorre distinguere tra l'applicazione formale del diritto in caso di *non liquet* e il riparto degli svantaggi, ossia il riparto materiale dell'onere della prova. Questo perché non è sufficiente dichiarare che, in caso di sussistenza di un *non liquet*, la decisione andrà contro la parte che sopporta l'onere della prova oggettivo. Questo non ci dice niente su cosa (“was”) legittima il giudice a prendere una decisione nonostante l'oscurità sullo stato dei fatti, e quali (“welche”) norme egli “applica” in questa situazione.

Il Prütting osserva che l'onere della prova oggettivo non può mai consistere, per il giudice, nel fatto di poter prendere le mosse per la sua decisione da uno stato di fatti accertato. Piuttosto, le regole sull'onere della prova oggettivo rendono possibile una decisione nel merito nonostante la situazione di *non liquet* (26).

---

<sup>25</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, I, Cedam, Padova, 1925, 213; MICHELI, cit., 13, 22; PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, 102.

<sup>26</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 18, secondo cui “niemals kann die Wirkung der Beweislast darin bestehen, dem Richter doch noch nachträglich zu einer Überzeugung von der Wahrheit zu verhelfen, so daß er bei seiner Entscheidung letztlich von einem feststehenden Sachverhalt ausgehen könnte. Vielmehr muß die Beweislast trotz weiter bestehenden Unklarheiten zu einem Sachurteil führen. Daraus folgt, daß die Beweislastentscheidung immer eine ultima ratio, ein letztes Mittel bleibt, wenn keine andere Möglichkeit mehr besteht, zu einer richterlichen Entscheidung zu gelangen”.

Da ciò la definizione dell'onere della prova oggettivo come *ultima ratio*, come "letztes Mittel".

### 3.4. *Il riparto dell'onere della prova e la c.d. "inversione"*

Dal presupposto che l'onere della prova oggettivo non dipende dal processo concreto, essendo sempre astratto, deriva necessariamente che non si possa mai parlare di "inversione" di esso. Di conseguenza, quando correntemente si parla di "inversione dell'onere della prova", in realtà si fa riferimento all'onere della prova soggettivo concreto <sup>(27)</sup>.

### 4. *L'onere della prova soggettivo*

L'onere della prova soggettivo è l'onere, incumbente sulle parti, di portare la prova delle circostanze controverse, al fine di evitare la perdita del processo.

Lo stretto collegamento tra onere della prova oggettivo e onere della prova soggettivo astratto ha portato parte della dottrina a dubitare dell'autonomia concettuale di quest'ultimo, e a ritenerlo come un mero riflesso dell'onere della prova oggettivo <sup>(28)</sup>.

A questa critica il Prütting ha obiettato che il concetto di onere della prova soggettivo costituisce una autonoma figura giuridica del diritto processuale, e che non è possibile negare la sua

---

<sup>27</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 21 ss.

<sup>28</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 21 n. 2.



autonomia asserendo che nella prassi esso abbia soltanto un significato esiguo (<sup>29</sup>).

Come anticipato, esso può essere astratto o concreto.

#### 4.1. *L'onere della prova soggettivo astratto*

Quando generalmente si parla di onere della prova soggettivo *tout court*, si intende l'onere della prova soggettivo astratto.

In forza di esso, e indipendentemente da una concreta situazione processuale, una parte ha l'onere di portare la prova di determinati elementi al fine di impedire, tramite la sua attività probatoria, la perdita del processo.

L'onere della prova soggettivo astratto viene mitigato, a nostro avviso, almeno da quattro fattori: i poteri istruttori d'ufficio del giudice, il principio di acquisizione processuale, il principio di non contestazione e il principio secondo cui *notoria non eget probatione*.

#### 4.2. *L'onere della prova soggettivo concreto*

L'onere della prova soggettivo concreto risponde alla domanda: in un processo in corso, in cui al giudice siano state portate delle prove, chi deve addurre la controprova?

L'onere della prova concreto è, dunque, sempre onere della prova soggettivo, e non può mai essere oggettivo. Esso dipende dall'apprezzamento della prova, e non dalle norme sul riparto

---

<sup>29</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 26 ss.

dell'onere della prova; perciò può fare la spola da una parte all'altra <sup>(30)</sup>).

La mancata separazione tra onere della prova soggettivo astratto e concreto è la fonte dell'equivoco che va sotto il nome di "inversione dell'onere della prova".

### *5. L'onere di allegazione*

L'onere di allegazione ("Behauptungslast") risponde alla domanda: quali circostanze devono essere allegate da una parte se vuole vincere il processo?

L'onere di allegazione coincide con l'onere della prova oggettivo, inducendo le parti ad allegare i fatti che, una volta sussunti nel sillogismo giudiziario, giustificano il riconoscimento della domanda.

Si deve distinguere, con il Prütting <sup>(31)</sup>, tra onere di allegazione oggettivo (come decide il giudice quando non sono state allegate circostanze in modo sufficiente?) e soggettivo (quali circostanze deve allegare una parte, almeno per evitare conseguenze pregiudizievoli in una controversia?).

L'onere di allegazione soggettivo, inoltre, deve ulteriormente differenziarsi in astratto (onere di allegare, per l'attore, i fatti costitutivi della pretesa, e per il convenuto fatti alla base di obiezioni) e concreto (onere, in capo ad ogni parte all'interno di

---

<sup>30</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 29.

<sup>31</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 44 ss.

un determinato processo, di allegare fatti nuovi o maggiormente circostanziati a seconda dei fatti addotti dall'avversario).

Analogamente all'onere della prova soggettivo, anche l'onere di allegazione soggettivo concreto può fare la spola da una parte all'altra, mentre l'onere di allegazione oggettivo rimane irremovibile dall'inizio alla fine del processo.

### *5.1. Il fondamento dell'onere di allegazione*

Ci si deve chiedere, ora, come viene ripartito l'onere di allegazione, e su quale fondamento si basa tale ripartizione.

Quanto alla prima domanda, si afferma generalmente in dottrina che la ripartizione dell'onere di allegazione tra le parti segue l'onere della prova oggettivo (<sup>32</sup>).

Quanto alla seconda domanda, invece, il fondamento si potrebbe scorgere o nelle norme concernenti l'onere di allegazione (<sup>33</sup>), o nel principio dispositivo, secondo cui il giudice non può considerare circostanze non allegare dalle parti (<sup>34</sup>).

### *5.2. Il riparto dell'onere di allegazione*

Ci si deve chiedere se il legislatore, teoricamente, possa regolare in modo differente l'onere di allegazione e l'onere della prova oggettivo.

---

<sup>32</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 49 ss.

<sup>33</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 51.

<sup>34</sup> MUSIELAK, cit., 51.

In linea di primo approccio, si può prendere le mosse dal fatto che ogni regolamentazione dell'onere della prova oggettivo contiene, *ex se*, anche il riparto dell'onere di allegazione astratto. In altre parole, le norme sull'onere della prova oggettivo sono nello stesso tempo anche norme sull'onere di allegazione astratto.

A fronte di ciò, potrebbe forse delinarsi una divaricazione tra onere di allegazione astratto e onere della prova oggettivo laddove il legislatore, per una data circostanza, abbia eliminato l'onere della prova soggettivo (ma non anche l'onere di allegazione).

È il caso delle presunzioni e dei fatti notori: qui il legislatore ha eliminato la necessità di portare la prova - *id est* l'onere della prova soggettivo - del fatto presunto o notorio, fermo restando l'onere di allegazione sottostante <sup>(35)</sup>.

Anche in queste ipotesi, a ben vedere, non è mai possibile una incongruenza tra onere di allegazione astratto e onere della prova oggettivo.

La tesi contraria <sup>(36)</sup> si fonda sulla mancata distinzione tra onere di allegazione astratto e concreto. È certamente fuori discussione che l'onere di allegazione concreto possa discostarsi dall'onere della prova oggettivo, e dunque dall'onere di allegazione astratto; ma l'onere di allegazione astratto - nel

---

<sup>35</sup> Per la sussistenza dell'onere di allegazione del fatto noto (da cui ricavare il fatto ignoto) o del fatto notorio, è dirimente il divieto di utilizzo del sapere privato da parte del giudice: cfr. MUSIELAK, cit., 55; GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Giesecking, Bielefeld, 1974, 418 ss.

<sup>36</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 54 ss.

processo civile con principio dispositivo - collima sempre con l'onere della prova oggettivo.

## 6. *Le presunzioni*

In genere, quando si parla di presunzioni si fa riferimento alle presunzioni legali (“gesetzliche Vermutungen”).

### 6.1. *Le presunzioni legali*

Si tratta di norme in cui il legislatore, in caso di sussistenza di un fatto noto (“Vermutungsbasis”), considera senz'altro come avvenuto un altro fatto (“Vermutung”).

Questo fatto presunto può essere una circostanza, e allora si parla di presunzioni legali di circostanze (“gesetzliche Tatsachenvermutungen”), ovvero una situazione giuridica, e allora si parla di presunzioni legali di situazioni giuridiche (“gesetzliche Rechtsvermutungen”).

Oggi si riconosce che, in fondo, le presunzioni legali di circostanze e le presunzioni legali di situazioni giuridiche siano identiche <sup>(37)</sup>, in quanto entrambe: a) sono confutabili (*praesumptiones juris*); b) contengono un riparto dell'onere della prova oggettivo, dunque sono vere e proprie norme sull'onere della prova oggettivo <sup>(38)</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 61 ss.; LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Duncker & Humblot, München, 1966, 76 ss.

<sup>38</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 71 ss.; LEIPOLD, *Beweislastregeln*, cit., 85 ss.; ROSENBERG, cit., 216 ss.

Da questa tipologia di presunzioni devono essere distinte le presunzioni non confutabili (*praesumptiones juris et de jure*).

Esse, come è generalmente riconosciuto, non regolamentano il riparto dell'onere della prova oggettivo, ma sono vere e proprie disposizioni di diritto sostanziale <sup>(39)</sup>.

Lo stesso effetto della presunzione non confutabile è anche quello della finzione (*fictio*). Infatti anch'essa non è confutabile, e pertanto è una disposizione di diritto sostanziale <sup>(40)</sup>.

La differenza tra i due istituti giuridici si può ravvisare nel fatto che il legislatore, nelle presunzioni non confutabili, è dell'opinione che la deduzione del fatto ignoto dal fatto noto corrisponda ad un decorso causale tipico; nella finzione, invece, il legislatore vuole ottenere una equiparazione che corrisponde ad un decorso casuale atipico <sup>(41)</sup>.

## 6.2. *Gli effetti delle presunzioni legali sulla decisione giudiziaria*

In virtù delle presunzioni legali, la legge prescrive al giudice di considerare come dato un certo elemento della fattispecie, nonostante le circostanze alla base di questo elemento non siano state provate. Dal punto di vista metodologico, l'imporre al giudice di trattare un elemento della fattispecie come sussistente, nonostante esso non sia stato accertato, è una finzione.

---

<sup>39</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 82; LEIPOLD, *Beweislastregeln*, 104.

<sup>40</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 213; MUSIELAK, cit., 83; LEIPOLD, *Beweislastregeln*, cit., 68.

<sup>41</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 49.

La natura di finzione non è messa in discussione dalla constatazione che il fatto ignoto, considerato oggettivamente, corrisponde con la realtà. Infatti, non si finge la corrispondenza del fatto ignoto con la realtà, ma la sussistenza di un elemento della fattispecie non accertato nel processo <sup>(42)</sup>.

### 6.3. *Le presunzioni di fatto*

Da distinguere dalle presunzioni legali, che hanno un fondamento di diritto positivo, sono le presunzioni di fatto (“tatsächliche Vermutungen”, *praesumptiones facti*).

Dal punto di vista storico, esse sono un residuo delle presunzioni del diritto comune <sup>(43)</sup>.

Le presunzioni di fatto vengono impiegate dalla giurisprudenza al fine di superare alcuni problemi probatori, ma non è chiaro né il loro ambito di applicazione, né la loro natura giuridica. In particolare, esse costituiscono uno dei mezzi ausiliari di cui si serve la magistratura per modificare il riparto dell’onere della prova, ovvero per formarsi un determinato convincimento sui fatti in causa <sup>(44)</sup>.

Per questo motivo, si è detto che l’utilizzo di presunzioni di fatto ridonda in una inammissibile correzione della legge, in quanto o viene modificato il riparto dell’onere della prova stabilito dalla legge, ovvero viene diminuita la misura probatoria

---

<sup>42</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 50.

<sup>43</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 50.

<sup>44</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 156 ss.

richiesta. Il tutto senza una legittimazione metodologica e legislativa <sup>(45)</sup>.

### 7. *L'apprezzamento della prova*

Dal punto di vista teorico, la delimitazione tra onere della prova oggettivo e apprezzamento della prova è netta.

L'espressione "apprezzamento della prova" ("Beweiswürdigung") designa il procedimento volto a verificare se la prova sia riuscita, se dunque il giudice, nel caso concreto, possa considerare una certa allegazione come provata.

Soltanto quando questo procedimento si chiude senza successo, dunque con un *non liquet*, assume rilevanza l'onere della prova oggettivo.

Con le magistrali parole del Rosenberg, potremmo dire che l'apprezzamento della prova e l'onere della prova dominano due territori che, pur trovandosi uno accanto all'altro, sono separati da precise linee di confine: dove finisce il regno dell'apprezzamento della prova inizia il dominio dell'onere della prova <sup>(46)</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 58; MUSIELAK, cit., 156 ss.

<sup>46</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 62 ss., secondo cui "die freie Beweiswürdigung und die Beweislast herrschen über zwei Gebiete, die zwar dicht beieinander liegen, aber durch feste Grenzlinien deutlich voneinander geschieden sind. Die freie Beweiswürdigung lehrt den Richter, die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der im Prozeß aufgestellten bestrittenen Behauptungen aus dem Inbegriffe der Prozeßverhandlungen auf Grund seiner Lebens- und Menschenkunde frei zu schöpfen; die Beweislast lehrt ihn, das Urteil zu finden, wenn die freie Beweiswürdigung ihn zu keinem Ergebnisse geführt hat. Da, wo das Reich der freien Beweiswürdigung aufhört, beginnt die Herrschaft der Beweislast; hat der



Ciò significa che l'apprezzamento della prova è una questione di fatto, mentre l'onere della prova oggettivo è una questione di diritto (<sup>47</sup>).

### 8. *La misura della prova*

Come ricordato, una decisione che si fonda su una situazione di *non liquet* - e dunque sul riparto dell'onere della prova oggettivo - può essere presa soltanto quando il giudice, nonostante lo sfruttamento di tutte le possibilità permesse, non sia riuscito a formarsi un convincimento sulla sussistenza o insussistenza delle circostanze affermate.

Da ciò deriva che la frequenza delle situazioni di *non liquet*, e dunque delle decisioni che si fondano sul riparto dell'onere della prova oggettivo, dipende dalla misura della prova ("Beweismaß"): quanto più esigue sono le pretese circa la misura della prova, tanto più piccolo sarà il numero delle decisioni sul fatto incerto, e viceversa (<sup>48</sup>).

### 9. *La prova prima facie*

Nell'ordinamento tedesco, la prova *prima facie* ("Anscheinsbeweis") non costituisce un mezzo di prova, ma

---

Richter jenes durchwandert, ohne das Urteil finden zu können, gibt ihm die Beweislast, was ihm die freie Beweiswürdigung versagt hat".

<sup>47</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 58 ss.

<sup>48</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 66, secondo cui "je geringer die Anforderungen an das Beweismaß, desto kleiner wird die Zahl der richterlichen Entscheidungen nach Beweislastgrundsätzen sein und umgekehrt".

soltanto l'applicazione di determinate massime di esperienza nell'ambito dell'apprezzamento della prova (<sup>49</sup>).

Presupposto di questa applicazione è il c.d. decorso causale tipico (“typischer Geschehensablauf”).

In questa sede occorre soltanto chiedersi se e in che misura la prova *prima facie* incida in qualche modo, o addirittura “inverta” l'onere della prova oggettivo.

L'onere della prova oggettivo, come è noto, è il riparto del rischio in caso di *non liquet*. La prova *prima facie*, per contro, evita il *non liquet*, portando il giudice ad un convincimento sullo dei fatti.

Da ciò consegue che, da un punto di vista logico, onere della prova oggettivo e prova *prima facie* si escludono a vicenda (<sup>50</sup>).

Un'altra eccezione che depone in questo senso è costituita dal fatto che, per lo scuotimento di una prova *prima facie*, sia considerata sufficiente una mera controprova (“Gegenbeweis”), e non la prova principale (“Hauptbeweis”) o la prova del contrario (“Gegenteilsbeweis”).

Ciò significa che la prova *prima facie* inverte l'onere della prova soggettivo concreto, e mai l'onere della prova oggettivo (<sup>51</sup>).

---

<sup>49</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 94 ss.

<sup>50</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 97.

<sup>51</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 98.

In altre parole, la prova *prima facie* non riverbera mai i suoi effetti sull'onere della prova oggettivo, bensì si ripercuote sull'onere della prova soggettivo concreto (<sup>52</sup>).

In conclusione, può affermarsi che la prova *prima facie*, in virtù della sua essenza, rientra nel libero apprezzamento della prova. Essa non modifica né l'onere della prova oggettivo, né la misura della prova. Non è nemmeno un istituto previsto dal diritto positivo, e consiste soltanto nell'applicazione di una massima di esperienza ad un fatto della vita (<sup>53</sup>).

#### 10. *L'applicazione del diritto in caso di non liquet*

Il presupposto necessario per una decisione giudiziaria che si fonda sull'onere della prova oggettivo è, come detto, la sussistenza di un definitivo *non liquet* sulla questione di fatto.

La situazione di *non liquet* sulla domanda principale è una delle tre alternative che possono verificarsi al termine di ogni processo. Al riguardo, si deve prendere le mosse dalla tripartizione (<sup>54</sup>) tra: a) provato (“bewiesen”); b) confutato (“widerlegt”); c) *non liquet*.

Seguendo il Prütting (<sup>55</sup>), in caso di sussistenza di *non liquet* devono tenersi distinte due questioni: in che modo applica il diritto il giudice (questione metodologica) e chi sopporta i

---

<sup>52</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 99.

<sup>53</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 111.

<sup>54</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 112.

<sup>55</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 112.

relativi svantaggi (questione del riparto del rischio in caso di mancata prova).

Deve anzitutto risponderci alle problematiche sollevate dalla prima questione: che cosa legittima il giudice a decidere nel merito nonostante la situazione di *non liquet*? Su quali norme si fonda la sua decisione? Quale ruolo assumono le norme sull'onere della prova?

Sulla tematica dell'applicazione del diritto in caso di *non liquet* si possono individuare, in dottrina, cinque diverse teorie.

#### 10.1. *La Erwiesenheitstheorie*

Secondo la *Erwiesenheitstheorie* del Leonhard (<sup>56</sup>), l'applicazione di una norma non si fonderebbe sulla sussistenza oggettiva dei suoi presupposti di fatto, ma sulla loro dimostrabilità ("Erwiesenheit") nel processo. Di conseguenza, il giudice può - e deve - riconoscere la domanda soltanto quando sia stato provato il presupposto di fatto di essa (<sup>57</sup>).

Questa teoria conferisce alle norme di diritto sostanziale un significato rilevante soltanto a livello processuale.

Inoltre, la tripartizione di cui al par. 10 tra "provato", "confutato" e "*non liquet*" si risolverebbe nella più semplice

---

<sup>56</sup> Cfr. LEONHARD, *Die Beweislast*, Vahlen, Berlin, 1926, 127 ss.

<sup>57</sup> Cfr. LEONHARD, cit., 127, secondo cui "der Richter kann dann und nur dann nach dem Klageantrag entscheiden, wenn ihm die Voraussetzung des Anspruchs, der Tatbestand, erwiesen ist. Diesen Satz kann man von der positiven Seite betrachten. Dann lautet er: Wenn der Tatbestand a + b erwiesen ist, hat der Richter die Rechtswirkung festzustellen (...). Man kann ihm aber auch negativ dahin fassen: Wenn a oder b nicht erwiesen ist, kann der Richter die geforderte Wirkung nicht feststellen".

bipartizione tra “provato” e “non provato”. Il che escluderebbe in radice l’esistenza di norme sull’onere della prova e, con ciò, la possibilità di una decisione giudiziaria che si fonderebbe su di esse (<sup>58</sup>).

Al Leonhard è stato obiettato (<sup>59</sup>) che: a) il tenore letterale del diritto sostanziale depone contro questa teoria, in quanto si riallaccia ai fatti e non alla loro dimostrabilità; b) è inaccettabile il corollario secondo cui le norme di diritto sostanziale non avrebbero rilevanza extra-processuale; c) è inaccettabile la negazione dell’esistenza delle norme sull’onere della prova; d) il diritto sostanziale non può mai dipendere dalla dimostrabilità in sede processuale dei suoi fatti costitutivi; e) il *non liquet* non può essere superato tramite una “inhaltliche Nichtentscheidung über den Anspruch”.

## 10.2. *La Nichtanwendungstheorie*

La *Nichtanwendungstheorie* del Rosenberg, pur riconoscendo la sussistenza delle norme sull’onere della prova (<sup>60</sup>) e della situazione di *non liquet* come terza via tra il “provato” e il “confutato”, giunge allo stesso risultato pratico della *Erwiesentheorie*.

Essa afferma che l’applicazione di una norma non possa avvenire in caso di mancata prova degli elementi di fatto alla

---

<sup>58</sup> Cfr. LEONHARD, cit., 124, 136 ss., 175.

<sup>59</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 146-148.

<sup>60</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 3 ss.

base, in quanto l'applicazione del diritto presupporrebbe proprio tale prova <sup>(61)</sup>).

Con ciò il Rosenberg equipara il *non liquet* al "confutato", senza peraltro giustificare tale equiparazione <sup>(62)</sup>.

Al Rosenberg è stato obiettato <sup>(63)</sup> che: a) egli avrebbe tralasciato il duplice significato dell'espressione "non applicazione di una norma" ("Nichtanwendung einer Norm"): è corretto asserire che l'applicazione di una norma debba venir meno quando il giudice si convince dell'insussistenza dei suoi presupposti; non è corretto affermarlo *tout court* in caso di *non liquet*; b) la sua tesi sarebbe contraddittoria: da una parte non si dubita dell'esistenza delle norme sull'onere della prova; dall'altra l'onere della prova sarebbe soltanto una conseguenza derivante dalla non applicazione delle norme in caso di *non liquet*.

---

<sup>61</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 12, secondo cui "da der Richter einen Rechtssatz nur anwenden kann, wenn er (...) von dem Vorhandensein der Voraussetzungen des Rechtssatzes eine positive Überlegung erlangt hat, so ergibt sich, daß die Anwendung des Rechtssatzes unterbleibt, nicht nur, wenn der Richter von dem Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen überzeugt ist, sondern auch schon dann, wenn ihm zweifelhaft geblieben ist, ob diese Voraussetzungen vorhanden seien. Den Nachteil dieser Ungewißheit trägt dann diejenige Partei, deren Prozeßsieg die Anwendung des in Frage stehenden Rechtssatzes erfordert hätte (...). Das Urteil des Richters ergeht dann mit Notwendigkeit gegen diese Partei; aber nicht, weil sie die Beweislast hat, sondern umgekehrt: Weil bei Ungewißheit über ein Tatbestandsmerkmal zu ihren Ungunsten erkannt werden muß, sagen wir, daß sie die Beweislast für dieses Merkmal treffe. Nur wenn man dieses Verhältnis von Grund und Folge zutreffend würdigt, wird das Zusammenhang unseres Problem mit der Lehre von der Rechtsanwendung in das rechte Licht gerückt und die Richtigkeit der Wahl unseres Ausgangspunktes erkannt werden".

<sup>62</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 114, secondo cui "damit wird das „non liquet“ im Ergebnis dem Bereich „widerlegt“ gleichgestellt, ohne daß Rosenberg allerdings dazu geäußert hat, was diese Gleichstellung rechtfertigt".

<sup>63</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 149 ss.

Un allievo del Rosenberg, Karl-Heinz Schwab (<sup>64</sup>), ha scoperto e colmato la lacuna della *Normentheorie*.

Egli prende le mosse dal fatto che il giudice abbisogna di un aiuto particolare (“Operationsregel”) per poter decidere in caso di *non liquet*. Da ciò, egli deduce che anche nella *Normentheorie*, in fondo, vi debba essere alla base una siffatta *Operationsregel*, la quale ordini al giudice di considerare il *non liquet* come il “confutato”.

Come fondamento di questa autorizzazione, Schwab considera due possibilità: o il § 286 ZPO ovvero una norma non scritta che contenga questa autorizzazione.

Premesso che il § 286 ZPO disciplina il libero apprezzamento della prova da parte del giudice (<sup>65</sup>), deve essere subito scartata la prima alternativa.

Lo stesso Rosenberg (<sup>66</sup>) rifiuta di assegnare, tramite il § 286 ZPO, il campo del *non liquet* al campo del convincimento giudiziario di non sussistenza di una allegazione.

---

<sup>64</sup> Cfr. SCHWAB, *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Heymanns, Köln u.a., 1978, 505 ss.

<sup>65</sup> “Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind”.

<sup>66</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 15, secondo cui “es wäre aber geradezu ein Attentat gegen die freie Beweiswürdigung, wollte man den Richter zwingen, eine Behauptung, deren Wahrheit nicht festgestellt ist, als unwahr zu behandeln”.

Inoltre, come ricordato sopra, il campo dell'onere della prova oggettivo inizia laddove finisce l'ambito del libero apprezzamento.

Resta aperta l'altra possibilità, dunque, la quale verrà verificata nel par. 10.5.

### 10.3. *La Sondernormentheorie*

Alla *Sondernormentheorie* del Leipold <sup>(67)</sup> spetta il merito di aver individuato per prima che, in caso di *non liquet*, la norma in discussione non possa essere né applicata, né non applicata; la decisione, piuttosto, dovrebbe rimanere in sospeso.

Per questo motivo, per il superamento della questione sull'onere della prova ci sarebbe bisogno di norme speciali, cioè le norme sull'onere della prova <sup>(68)</sup>. Soltanto esse renderebbero possibile, in caso di *non liquet*, l'applicazione del diritto.

Come protasi queste norme conterrebbero la situazione di *non liquet* - che Leipold chiama "die prozessuale Unklarheit über das Vorliegen einer Tatsache, die ein Tatbestandsmerkmal erfüllen würde" <sup>(69)</sup> - e, come apodosi, la finzione di "provato" (o "confutato") con riferimento all'elemento della fattispecie i cui presupposti sono rimasti controversi <sup>(70)</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr. LEIPOLD, *Beweislastregeln*, cit., 17 ss.

<sup>68</sup> Cfr. LEIPOLD, *Beweislastregeln*, cit., 22.

<sup>69</sup> Cfr. LEIPOLD, *Beweislastregeln*, cit., 59.

<sup>70</sup> Cfr. LEIPOLD, *Beweislastregeln*, cit., 65.



Al Leipold è stato obiettato che <sup>(71)</sup>: a) egli presterebbe scarsa attenzione al fatto che la questione del superamento metodologico della situazione di *non liquet*, e il riparto del rischio di esso, rientrano in due ambiti completamente diversi; b) la struttura delle norme sull'onere della prova secondo la *Sondernormentheorie* presenterebbe un netto discostamento dal tenore letterale della legge; c) questa teoria porterebbe alla conclusione che non esisterebbe una norma fondamentale sull'onere della prova, ma per ogni elemento delle fattispecie di diritto sostanziale ci dovrebbe essere una norma speciale (non scritta) sull'onere della prova.

I dubbi più forti, come si vede, riguardano la struttura delle norme sull'onere della prova necessarie per il superamento del *non liquet*, e il riparto del rischio di esso <sup>(72)</sup>.

#### 10.4. *La Theorie der negativen Grundregel*

Anche secondo la *Theorie der negativen Grundregel*, risalente al Musielak <sup>(73)</sup>, la decisione giudiziaria, in caso di *non liquet*, dovrebbe rimanere in sospeso, e dunque ci sarebbe bisogno di una norma speciale per superare il *non liquet*.

Questa norma sarebbe costituita da una “negative Grundregel” che avrebbe come presupposto di fatto la situazione di *non liquet*,

---

<sup>71</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 154 ss.

<sup>72</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 157, secondo cui “die Divergenz zu den vom Gesetzgeber bis in die jüngste Zeit formulierten Beweislastnormen und vor allem die Gefahr der Loslösung auch des Inhalts der Beweislastnormen vom materiellen Recht legen es nahe, seinem Ergebnis insoweit die Zustimmung zu versagen”.

<sup>73</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 1 ss.

e come conseguenza la finzione di sussistenza dell'alternativa “confutato”<sup>(74)</sup>.

Mentre la *Sondernormentheorie* afferma che dalla norma speciale derivi anche il riparto dell'onere della prova, la teoria del Musielak si rifà alla *Normentheorie* del Rosenberg, secondo cui il riparto dell'onere della prova sarebbe soltanto un effetto riflesso sulle parti<sup>(75)</sup>.

I miglioramenti rispetto alla *Sondernormentheorie* sono sostanzialmente due: la *negative Grundregel* evita una moltiplicazione di norme sull'onere della prova; il contenuto della decisione che si basa su una situazione di *non liquet* viene strettamente legato al diritto sostanziale.

Al Musielak è stato obiettato che<sup>(76)</sup>: a) la sua teoria, nonostante i suoi buoni propositi, non è riuscita a separare in modo convincente tra il problema metodologico del superamento del *non liquet* e il riparto del rischio di esso: il che emerge nel campo dei c.d. fatti impeditivi (“rechtshindernde Merkmale”), dove c'è bisogno di una finzione positiva (e non negativa) di elementi della fattispecie; b) ciò porta con sé l'inevitabile conseguenza che, secondo questa teoria, vi sono due tipologie diverse di norme sull'onere della prova: la *negative Grundregel* (finzione negativa) e la *Sonderregel* (finzione positiva) che vale nel campo dei fatti impeditivi; c) non si può accettare che il

---

<sup>74</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 22 ss., 293.

<sup>75</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 36, 292 ss., 302.

<sup>76</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 158 ss.

contenuto di una decisione che si basa sul *non liquet* sia soltanto un riflesso delle norme sull'onere della prova, e che il nocciolo della norma sull'onere della prova sia soltanto il superamento metodologico del *non liquet*: in questo modo si capovolge il rapporto tra *non liquet* e contenuto della decisione (<sup>77</sup>).

#### 10.5. La *modifizierte Normentheorie*

La *Normentheorie* del Rosenberg è stata successivamente integrata dallo Schwab (<sup>78</sup>). Secondo questa versione modificata della *Normentheorie*, deve ritenersi sussistente una norma non scritta che causi, dal punto di vista metodologico, l'equiparazione del *non liquet* con l'alternativa "confutato".

Questa norma non scritta, comportando soltanto l'equiparazione del *non liquet* con il "confutato", senza riguardare il riparto del rischio di *non liquet*, è molto simile alla *negative Grundregel*. A differenza dell'impostazione del Musielak, tuttavia, la visione di Rosenberg-Schwab porta sempre alla non applicazione della norma: una finzione positiva come quella causata dalla *Sonderregel* (per i fatti impeditivi) viene esclusa (<sup>79</sup>).

In questo modo si differenzia nettamente il problema metodologico dal riparto del rischio: la norma non scritta

---

<sup>77</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 160 ss., secondo cui "eine solche Sicht der Dinge stellt aber das Verhältnis von non liquet und Inhalt der Beweislastentscheidung auf den Kopf (...). Eine Theorie, die Grund und Folge in dieser Weise auf den Kopf stellt, kann für die Lösung der gestellten Aufgabe nicht akzeptiert werden".

<sup>78</sup> Cfr. SCHWAB, cit., 506 ss.

<sup>79</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 12; SCHWAB, cit., 506.

sull'onere della prova concerne soltanto l'applicazione del diritto, mentre il diritto sostanziale e le norme legislative sull'onere della prova determinano il contenuto della decisione.

In senso critico, è stato rilevato <sup>(80)</sup> che: a) la visione di Rosenberg-Schwab presuppone una condizione essenziale, e cioè che il riparto dei fatti in favorevoli all'attore o all'avversario debba essere sicuro, il che non accade per i fatti impeditivi; pertanto, il tentativo di spiegare il contenuto di una decisione che si basa sul *non liquet* come una conseguenza della non applicazione (Rosenberg-Schwab) o come un mero riflesso (Musielak), di fronte alla equivalenza di diritto sostanziale tra gli elementi costitutivi del diritto con quelli impeditivi, non può avere esito felice; b) di conseguenza, anche la teoria di Rosenberg-Schwab prevede un doppio binario di norme sull'onere della prova: la "ungeschriebene Norm" che equipara il *non liquet* al "confutato", e le norme che spartiscono in modo diverso il rischio di *non liquet* nel campo degli elementi impeditivi; c) infine, è inaccettabile il capovolgimento del rapporto tra causa-effetto, cioè il considerare il contenuto della decisione semplicemente come effetto della non applicazione della norma; in questo modo, le norme sul riparto del rischio di *non liquet* non sembrano avere alcuna funzione ("funktionslos").

---

<sup>80</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 162 ss.

È interessante chiedersi, come ha fatto il Prütting (<sup>81</sup>), come mai un Maestro dell'onere della prova come il Rosenberg da un lato ammetta l'esistenza delle norme sull'onere della prova, dall'altro consideri queste norme come un mero riflesso della non applicazione del diritto.

La risposta è che, nella prima edizione del suo capolavoro, pubblicata nel 1900, il Rosenberg non parla mai di “norme sull'onere della prova” (“Beweislastnormen”). Esse vengono introdotte per la prima volta soltanto nella seconda edizione, pubblicata nel 1923.

Da quanto esposto in quella sede, si può dedurre che il Rosenberg abbia considerato le norme sull'onere della prova sotto il punto di vista del diritto sostanziale giustiziale (“materielles Justizrecht”).

Secondo questa interpretazione, vi sarebbe bisogno di una norma particolare affinché il giudice, in forza della sua autorità statale, possa applicare il diritto sostanziale privato (“materielles Privatrecht”), il quale vale tra singoli individui. La tutela statale del diritto, in questo modo, non sarebbe parte né del diritto privato, né del diritto processuale, ma costituirebbe un *trait d'union* tra i due. A fronte di ciò, scompare il contrasto tra l'onere della prova come effetto della non applicazione e le

---

<sup>81</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 163 ss.

norme sull'onere della prova. Ciò perché, secondo il Rosenberg, queste norme non spartiscono l'onere della prova tra le parti (<sup>82</sup>).

### 11. Chiarificazione del problema metodologico

La premessa necessaria per una chiarificazione del problema metodologico consiste nel tenere distinti tre livelli (<sup>83</sup>): 1) la questione dell'esistenza di un dovere decisionale del giudice in caso di *non liquet*; 2) il percorso metodologico attraverso il quale il giudice giunge alla sua decisione; 3) la questione del riparto del rischio di *non liquet*.

Sul primo livello, e dunque sull'esistenza di un dovere decisionale del giudice in caso di *non liquet*, non sussistono dubbi.

Sul secondo livello, le teorie appena esposte mettono in luce che non è possibile portare a termine il sillogismo giudiziario (c.d. "sussunzione"), a meno che non intervenga un qualche mezzo ausiliario per l'applicazione del diritto. Applicando il diritto sostanziale in caso di *non liquet*, il giudice deve equiparare una situazione (cioè il *non liquet*) ad un'altra (uno stato di fatti accertato).

---

<sup>82</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 164, secondo cui "versteht man nun die Tatsache, daß Rosenberg ab der 2. Auflage Beweislastnormen in sein System eingeführt hat, in dieser Weise, dann zeigt sich, daß der immer wieder behauptete Widerspruch zwischen der Beweislast als Folge der Rechtsanwendung und den Beweislastnormen in Wahrheit nicht besteht. Denn offenbar hat Rosenberg diese Normen nicht zum Zwecke der Beweislastverteilung in sein Buch eingeführt".

<sup>83</sup> Cfr. POHLE, *Zur Beweislast im internationalen Recht*, in *Festschrift für Hans Döle*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1963, II, 317 ss.

Questa equiparazione di due situazioni nella piena consapevolezza della loro diversità è ciò che va sotto il nome di “finzione”.

Ma che cosa si finge in una situazione di *non liquet*? Si finge che un determinato elemento di una norma che deve essere applicata sia avverato oppure no, sebbene le affermazioni di fatto alla base di esso siano rimaste non chiarite.

Va da sé che, con il contenuto della finzione, viene fissato in modo definitivo anche il riparto del rischio di *non liquet*; pertanto, come si è più volte sottolineato, un conto è la finzione, un altro è il contenuto della finzione (<sup>84</sup>).

Dei tre livelli che devono essere tenuti distinti, il primo livello, cioè la questione del dovere decisionale del giudice, deve essere necessariamente disciplinato dal diritto positivo. Soltanto esso può legittimare la scelta tra il dovere decisionale del giudice oppure il diniego di giustizia.

Lo stesso vale per il terzo livello, cioè la questione del riparto del rischio di *non liquet*. Se debba essere l'attore o il convenuto, il ricorrente o il resistente a sopportare il rischio di *non liquet*, lo può dire soltanto una norma giuridica.

Per il secondo livello, invece, il Prütting (<sup>85</sup>) osserva che se il giudice è obbligato dalla legge a prendere una decisione, e nello stesso tempo la legge gli dice anche a svantaggio di chi deve ricadere la decisione in caso di *non liquet*, allora rimane aperta,

---

<sup>84</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 169.

<sup>85</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 170.

dal punto di vista logico, soltanto una possibilità: egli deve fingere qualcosa di accertato nonostante il *non liquet*.

Da ciò deriva che questo procedimento meramente formale non riveste carattere giuridico, e se il legislatore volesse disciplinarlo con una disposizione espressa, essa non possiederebbe un contenuto giuridico (<sup>86</sup>).

La *Operationsregel* necessaria per il superamento del *non liquet* non ha dunque carattere giuridico.

Sulla base di questa constatazione si spiega come mai tutte le norme sull'onere della prova disciplinino soltanto la questione del riparto del rischio di *non liquet*, e mai la questione metodologica.

A fronte di ciò, si può intuire che il vero contenuto delle norme sull'onere della prova non è il superamento metodologico del *non liquet*, bensì la questione del riparto del rischio di esso, la regola di giudizio sul fatto incerto.

Il chiarimento del problema metodologico permette di affermare che il contenuto generale di ogni norma sull'onere della prova è indipendente dall'impostazione metodologica adottata (<sup>87</sup>).

Il contenuto delle norme sull'onere della prova, pertanto, è il riparto del rischio in caso di *non liquet* (<sup>88</sup>).

---

<sup>86</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 170, secondo cui “wollte ihn der Gesetzgeber in Worte fassen, so wäre diese „Norm“ ohne Regelungsgehalt”.

<sup>87</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 172.

<sup>88</sup> Cfr. VERDE, cit., 27, secondo cui “la funzione della regola di giudizio non dovrebbe essere quella di impedire al giudice di pronunciare sentenze di *non liquet*,



Ciò mette in risalto che tali norme non siano autonome: esse non sono nient'altro che elementi della fattispecie di diritto sostanziale (<sup>89</sup>).

---

ma dovrebbe concretarsi in quella che potremmo definire come conseguenza di una scelta di civiltà, giacché si proibisce al giudice di dare per esistenti fatti di cui non gli sia stata offerta prova piena e convincente”.

<sup>89</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 173, secondo cui “klargestellt werden kann auch der Satz der herrschenden Lehre, wonach die Beweislast „ein Problem der Rechtsanwendung“ sei. Dieser Satz diene bisher der Andeutung, daß sich das Problem der Beweislast in der Nichtanwendung der Norm bei Vorliegen eines non liquet erschöpfe. Nunmehr läßt er sich dahin präzisieren, daß die objektive Beweislast die Lehre von der Ausdehnung des Anwendungsbereichs der materiellrechtlichen Normen auf den non liquet-Bereich mit Hilfe einer Fiktion ist, wobei das materielle Recht oder besondere Beweislastnormen angeben, in welche Richtung (d.h. zu wessen Nachteil) die jeweilige Norm erweitert wird. Beweislastregelungen sind daher Ergänzungssätze eines Tatbestandes, sie sind Hilfsnormen und keine Entscheidungsnormen, wenn man die Bezeichnung „Entscheidungsnorm“ zur Charakterisierung der Tatsache gebraucht, daß Beweislastnormen als eigene vollständige Rechtssätze das non liquet überwinden und damit die richterliche Entscheidung ermöglichen sollen”.

CAPITOLO III  
L'ONERE DELLA PROVA  
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: Introduzione. - 1. Le diverse funzioni dell'onere della prova. - 1.1. La funzione impulsiva. - 1.2. La funzione rappresentativa. - 1.3. La funzione valutativa. - 1.3.1. Il principio del libero convincimento del giudice. - 1.3.2. Mancata ottemperanza della p.a. all'ordine istruttorio del giudice amministrativo. - 1.4. La funzione decisionale. - 2. La dottrina tedesca. - 2.1. La tipologia dell'azione e la posizione delle parti nel processo. - 2.2. La teoria della probabilità prevalente. - 2.3. Le regole generali del diritto amministrativo. - 2.4. La presunzione di legittimità. - 2.5. La presunzione di libertà. - 2.6. La ragionevolezza ed equità. - 2.7. Il mantenimento dello *status quo*. - 2.8. La teoria delle sfere. - 3. La dottrina italiana. - 3.1. La tesi tradizionale. - 3.2. L'antitesi. - 3.3. La sintesi di Nigro. - 4. Il nostro contributo al chiarimento del dibattito. - 4.1. Il metodo acquisitivo. - 4.1.1. Il formante legislativo. - 4.1.2. Il formante giurisprudenziale. - 4.1.3. Il formante dottrinale. - 4.2. La regola di giudizio in caso di mancata prova.

*Introduzione*

La morfologia dell'onere della prova nei giudizi innanzi al g.a. costituisce uno dei plessi teorici più rilevanti del processo amministrativo.

Il presente capitolo esamina i due punti più oscuri e controversi: l'onere del principio di prova e la regola di giudizio in caso di mancata prova.

Per quanto riguarda il primo punto, l'idea dominante - segnalata nel cap. I, par. 2.3 - è che il processo amministrativo, stante il metodo acquisitivo, sarebbe dominato non già dall'onere della prova pieno (come il processo civile), ma dall'onere del principio di prova.

Si tratta di un errore di prospettiva che, oltre a scaturire da una visione unilaterale del processo amministrativo coincidente con il punto di vista del ricorrente, non tiene conto delle diverse funzioni dell'istituto dell'onere della prova.

In realtà, anche il processo amministrativo - come si vedrà nei par. 1.1 e 1.2 - ubbidisce al principio dell'onere della prova pieno, e non attenuato.

Riguardo al secondo punto, l'idea dominante - anticipata nel cap. I, par. 3 - è che nel processo amministrativo non esisterebbe una regola di giudizio prefissata, essendo rimesso al libero convincimento del giudice lo scioglimento della situazione di incertezza (<sup>1</sup>).

Nel par. 4 e seguenti si verificherà l'attualità o inattualità di questa tesi, approfondendo il *fil rouge* che lega la regola di giudizio e il provvedimento istruttorio del g.a.

### *1. Le diverse funzioni dell'onere della prova*

La tesi secondo cui, nel processo amministrativo, l'onere della prova pieno cede il passo all'onere del principio di prova, considerata a seguito di una adeguata meditazione, ci sembra essere il frutto di una semplificazione o sovrapposizione dei diversi profili in cui si articola l'istituto dell'onere della prova.

---

<sup>1</sup> Cfr. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Utet, Torino, 1966, 1086.

Sono profili che, come è stato acutamente osservato, nel processo civile non emergono in superficie perché in esso agiscono all'unisono <sup>(2)</sup>.

Nel processo amministrativo, per contro, il loro affioramento è facilitato dalla realtà extra-processuale sottostante, cioè dalla situazione di disparità delle parti in relazione al materiale probatorio.

È proprio sotto il prisma del processo amministrativo che si può scorgere la pluralità di funzioni <sup>(3)</sup> dell'onere della prova, a seconda del momento in cui si trova il giudizio: 1) impulsiva; 2) rappresentativa; 3) valutativa; 4) decisionale.

### 1.1. *La funzione impulsiva*

Nel processo amministrativo, secondo l'insegnamento benvenutiano, trasferito dalla parte al giudice il potere di disporre dei fatti introdotti, rimane alla parte il compito di introdurli <sup>(4)</sup>.

Ebbene, la prima funzione dell'onere della prova - che si potrebbe chiamare "impulsiva" - si dispiega proprio nel momento

---

<sup>2</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 279.

<sup>3</sup> Nella dottrina amministrativistica, il merito di questa pregevole quadripartizione spetta a DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 280 ss: cfr. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 217 ss.

<sup>4</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, 285.

costitutivo del giudizio, ossia il momento dell'allegazione dei fatti di cui la parte reputi necessaria l'introduzione (<sup>5</sup>).

Soltanto con riferimento a questo primo stadio processuale siamo di fronte ad un onere ridotto o onere del principio di prova, da intendere come "regola del funzionamento dell'impulso istruttorio" (<sup>6</sup>).

Ciò significa, in definitiva, che l'onere del principio di prova coincide con l'onere di allegazione del fatto principale (<sup>7</sup>).

Di qui l'inesattezza dell'espressione "onere del principio di prova", in quanto essa esprime un concetto inerente al momento dell'allegazione, e non della prova (<sup>8</sup>).

Pertanto, per esprimere questo concetto, sarebbe più corretto parlare - con il lessico di Eugenio Cannada Bartoli (<sup>9</sup>) - di onere di prospettazione di un'attendibile ricostruzione storica e valutazione giuridica degli avvenimenti (<sup>10</sup>).

---

<sup>5</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 281; VILLATA, *Considerazioni*, cit., 221.

<sup>6</sup> DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 282. Secondo VILLATA, *Considerazioni*, cit., 222, "se la caratteristica del metodo acquisitivo è di attribuire al giudice la facoltà di porre il compito della rappresentazione del fatto in capo ad una parte diversa da quella che l'ha introdotto, sembra difficile negare la preferenza per la tesi che ritiene (poter essere) sufficiente la mera allegazione dei fatti".

<sup>7</sup> Secondo MIGLIORINI, cit., 103, "è infatti pacifico che, stante un motivo generico, il ricorso è inammissibile per inadempimento dell'onere dell'allegazione del fatto principale, ma questa evenienza non ha nulla a che vedere con la prova, la quale attiene alla fondatezza o meno di una domanda ammissibile".

<sup>8</sup> Cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, 1942, rist. Cedam, Padova, 1966, 283.

<sup>9</sup> Cfr. CANNADA BARTOLI, cit., 1085, secondo cui il ricorrente può "fondare la domanda su un principio di prova, prospettando al giudice, in base ai fatti allegati, uno schema attendibile di ricostruzione storica (e valutazione giuridica) degli avvenimenti".

<sup>10</sup> La proposta si deve a DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 282 nota 14.

## 1.2. *La funzione rappresentativa*

Una seconda funzione dell'onere della prova - che si potrebbe denominare "rappresentativa" - consiste nella rappresentazione nel giudizio dell'oggetto della prova, svolgendosi in essa l'attività di esperimento delle prove <sup>(11)</sup>.

Nel processo amministrativo - come anticipato nel cap. I, par. 2.1 - il provvedimento acquisitivo del giudice può interrompere la serie "introduzione - rappresentazione" <sup>(12)</sup>, attribuendo il compito di rappresentazione del fatto, anziché alla parte che l'ha introdotto, alla controparte.

Ciò accade perché il legislatore affida al g.a. il compito di porre rimedio alla situazione di disparità in cui si trovano le parti nella realtà extraprocessuale.

Secondo la ricostruzione benvenutiana, il contenuto del provvedimento acquisitivo del giudice sarebbe "non tanto uno spostamento quanto un'attribuzione *ex novo* di un onere a chi, in ragione della sua situazione processuale, derivantegli dal gioco delle attività introduttive, non ne avrebbe alcuno" <sup>(13)</sup>.

L'assunto troverebbe conferma nella pratica: il g.a., a seguito del provvedimento acquisitivo, chiede alla p.a. di provare non già l'inesistenza del fatto introdotto dal ricorrente, ma l'esistenza del fatto contrario a lei favorevole <sup>(14)</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 281, 283; VILLATA, *Considerazioni*, cit., 221 nota 82.

<sup>12</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 448.

<sup>13</sup> BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 447.

<sup>14</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 447.

Se ciò è vero, allora sulla p.a in questo caso grava l'onere pieno di provare l'esistenza del fatto a lei favorevole.

Il che dimostra che l'onere attenuato o onere del principio di prova non denota una costante valevole per tutte le fasi del processo amministrativo, ma una variabile che viene in rilievo soltanto con riferimento al momento costitutivo del giudizio <sup>(15)</sup>.

Nel par. 4 e seguenti si vedrà che il metodo acquisitivo opera qualora il ricorrente non abbia la disponibilità della prova e che, in caso contrario, vige il metodo dispositivo puro, non essendo consentito un eventuale soccorso del giudice in favore del ricorrente.

### 1.3. *La funzione valutativa*

Una terza funzione dell'onere della prova - che si potrebbe definire "valutativa" - si riferisce al momento in cui si realizza, ad opera dell'organo giudicante, il controllo sulla rappresentazione dei fatti <sup>(16)</sup>.

Oggetto del controllo esercitato dal g.a. è il corretto adempimento dell'onere imposto con il provvedimento acquisitivo <sup>(17)</sup>.

Al riguardo, occorre illustrare due profili peculiari del processo amministrativo: l'apprezzamento delle prove da parte

---

<sup>15</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 283; BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 443-444.

<sup>16</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 281; VILLATA, *Considerazioni*, cit., 221 nota 82.

<sup>17</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 283.

del g.a. e gli effetti della mancata ottemperanza della p.a. all'ordine istruttorio del giudice.

### 1.3.1. *Il principio del libero convincimento del giudice*

Circa la valutazione delle prove, l'art. 64, comma 4, c.p.a., prendendo a modello l'art. 116, comma 1, c.p.c., stabilisce che il g.a. “deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento”.

Il legislatore del processo amministrativo ha sempre escluso dal bagaglio dei mezzi di prova la confessione e il giuramento: da un lato perché sono prove legali <sup>(18)</sup> che vincolano il giudice, e per ciò stesso incompatibili con il metodo acquisitivo che regge il processo amministrativo <sup>(19)</sup>; dall'altro perché presuppongono la disponibilità delle situazioni soggettive <sup>(20)</sup>, il che - come insegna Vincenzo Caianiello - “non può ritenersi in modo assoluto (come per i privati) per chi è parte nel giudizio in quanto portatore di interessi pubblici” <sup>(21)</sup>.

Di qui l'integrale applicazione <sup>(22)</sup>, nel processo amministrativo, del principio del libero convincimento del

---

<sup>18</sup> Sulla differenza tra prove libere e prove legali si rinvia a PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 492 ss.; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Cedam, Padova, 1940, 131 ss.

<sup>19</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 285, 357 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 8 febbraio 1990 n. 16.

<sup>21</sup> Cfr. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 2003, 762.

<sup>22</sup> Peraltro, Corte cost., 23 aprile 1987 n. 146 aveva esteso al processo amministrativo di pubblico impiego i mezzi istruttori previsti negli artt. 421, commi 2, 3, 4, 422, 424 e 425 c.p.c.



giudice <sup>(23)</sup>, il quale esclude una gerarchia di efficacia delle prove, secondo cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori <sup>(24)</sup>.

### 1.3.2. Mancata ottemperanza della p.a. all'ordine istruttorio del giudice amministrativo

La questione giuridica più importante che si pone nel processo amministrativo è, a nostro avviso, la seguente: *quid juris* in caso di mancata ottemperanza della p.a. all'ordine istruttorio del giudice amministrativo?

In giurisprudenza si riscontrano due tendenze di fondo <sup>(25)</sup>: secondo la prima, in caso di inottemperanza il giudice “deve” ritenere provati i fatti affermati dal ricorrente; per la seconda <sup>(26)</sup>, il giudice “può” ritenere fondate quelle affermazioni.

Per la nostra tesi al riguardo si rinvia al par. 4 e seguenti.

---

<sup>23</sup> Cfr. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 201, secondo cui “la sua vigenza comporta essenzialmente l'assenza di regole legali inerenti all'efficacia della prova”; CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giust. it.*, 1916, III, 103 ss.

<sup>24</sup> In giurisprudenza si veda Cass., Sez. III, 18 aprile 2007 n. 9245.

<sup>25</sup> Cfr., da ultimo, Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 8 maggio 2013 n. 539; Tar Molise, 19 aprile 2013 n. 282; Tar Calabria, Reggio Calabria, 14 marzo 2013 n. 165; Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2012 n. 2089.

<sup>26</sup> Nell'ambito di questo secondo orientamento convergono diverse correnti: cfr. 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, 29 ss.; VILLATA, *Riflessioni*, cit., 218 ss.

#### 1.4. *La funzione decisionale*

Senza una regola di giudizio sul fatto incerto, che addossa ad una delle parti il “rischio della mancata prova” <sup>(27)</sup>, l’ordinamento non potrebbe garantire la certezza del diritto <sup>(28)</sup>.

Di qui l’ultima - e più importante - funzione dell’onere della prova, la funzione “decisionale” <sup>(29)</sup>.

Variando la formula di Rosenberg, secondo cui “da, wo das Reich der freien Beweiswürdigung aufhört, beginnt die Herrschaft der Beweislast” <sup>(30)</sup>, potremmo dire che la funzione decisionale entra in gioco laddove si conclude infruttuosamente la valutazione delle prove, offrendo al giudice la regola di giudizio sul fatto incerto <sup>(31)</sup>.

In relazione alla mole di studi che, con particolare riferimento alla funzione decisionale, hanno dissodato l’istituto dell’onere della prova nel processo civile, il processo amministrativo appare come un campo poco arato <sup>(32)</sup>, quasi una “terra incognita des Verwaltungsprozesses” <sup>(33)</sup>.

---

<sup>27</sup> L’espressione “rischio della mancata prova”, come visto nel cap. II, par. 2, è di SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 402.

<sup>28</sup> Non a caso l’onere della prova viene annoverato tra i concetti più significativi in assoluto che la scienza giuridica abbia mai elaborato: cfr. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, de Gruyter, Berlin-New York, 1975, Vorwort, V; ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1983, 60.

<sup>29</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 281, 283 ss.; VILLATA, *Considerazioni*, cit., 221, 224 ss.

<sup>30</sup> ROSENBERG, *Die Beweislast*, C. H. Beck, München-Berlin, 1965, 62-63.

<sup>31</sup> Cfr. DEGLI ESPOSTI, *Appunti*, cit., 281, 283 ss.; VILLATA, *Considerazioni*, cit., 221, 224 ss.

<sup>32</sup> Nonostante i citati contributi di Benvenuti, Nigro, Migliorini, Caianiello, Villata, Degli Esposti. Per quanto riguarda il processo amministrativo tedesco si

Questo *deficit* dogmatico <sup>(34)</sup> dipende da diversi fattori: la giovane età del processo amministrativo rispetto al processo civile; il metodo istruttorio che presiede il processo amministrativo <sup>(35)</sup>; la possibilità di chiarimento del fatto già nei ricorsi amministrativi antecedenti al ricorso in sede giurisdizionale; la struttura delle norme del diritto amministrativo, neutrali nei confronti dell'onere della prova <sup>(36)</sup>, in quanto indirizzate alla p.a. (*id est* alla cura concreta dell'interesse pubblico) e solo in seconda battuta al g.a.; la difficoltà di disciplinare *a priori* il rapporto tra Stato e cittadino <sup>(37)</sup>.

Ciò premesso, occorre dunque appurare se vi è una regola di giudizio sul fatto incerto nel processo amministrativo, e quale essa sia.

---

vedano BERG, *Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980; PESCHAU, *Die Beweislast im Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983; SONNTAG, *Die Beweislast bei Drittbetroffenenklagen*, Lang, Frankfurt am Main u.a., 1986; NIERHAUS, *Beweismaß und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß*, Vahlen, München, 1989.

<sup>33</sup> WITTMANN, *Zu den Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Verwaltungsprozeß*, in *BayVBl.*, 1987, 747.

<sup>34</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 16, secondo cui “im Verwaltungsrecht ist die Beweislasttheorie rechts-dogmatisch stark unterentwickelt”.

<sup>35</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 18, secondo cui “es steht zu vermuten, daß die Geringschätzung der Notwendigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Beweislastlehre einhergeht mit einer Überschätzung der Aufklärungsmöglichkeiten in einem Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz”.

<sup>36</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 8, secondo cui il diritto amministrativo, a differenza del diritto civile, presenta “ein beweislastneutrales Normgefüge”.

<sup>37</sup> Cfr. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 1978, 57 ss., secondo cui “[die] mehr oder weniger apokryphe, durch vielfältige Distinktionen zersplitterte Existenz [der Beweislastregeln] im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist ein Symptom für die Schwierigkeit, im Verhältnis von Bürger und Staat prinzipielle Rechtsvermutungen zu begründen”.

## 2. *La dottrina tedesca*

Nella dottrina tedesca, a seguito della monografia di Ralf Wahrendorf <sup>(38)</sup>, è divenuto comune lo studio del riparto dell'onere della prova secondo determinati “principi” <sup>(39)</sup>.

Per quanto riguarda il processo amministrativo, le teorie sulla regola di giudizio in caso di *non liquet* possono riassumersi come segue <sup>(40)</sup>: la tipologia dell'azione e la posizione delle parti nel processo; la teoria della probabilità prevalente; le regole generali del diritto amministrativo; il mantenimento dello *status quo*; la presunzione di legittimità; la presunzione di libertà; la ragionevolezza ed equità; la teoria delle sfere.

### 2.1. *La tipologia dell'azione e la posizione delle parti nel processo*

Il criterio di riparto secondo la tipologia dell'azione e la posizione delle parti nel processo (“Klageart und Stellung der Beteiligten im Prozeß”) risale ad una sentenza del *Bundesverwaltungsgericht* del 18 aprile 1956, la quale, in caso di impugnazione di un provvedimento amministrativo, addossava in capo al ricorrente il rischio di *non liquet*: “bei der Anfechtungsklage trägt in der Regel der Kläger die Beweislast.

---

<sup>38</sup> Ci si riferisce a WAHRENDORF, *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, Heymanns, Köln u.a., 1976.

<sup>39</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 282 ss.; MUSIELAK-STADLER, *Grundfragen des Beweisrechts*, C. H. Beck, München, 1984, 116 ss.; PESCHAU, cit., 17 ss.; PRÜTTING, *Gegenwärtsprobleme der Beweislast*, C. H. Beck, München, 1983, 230 ss.

<sup>40</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 414 ss.

Denn dieser kann nach § 23 MRVO n. 165 eine Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes nur dann verlangen, wenn die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes feststeht”<sup>(41)</sup>.

Questo principio è stato respinto dalla dottrina successiva<sup>(42)</sup>, in quanto la posizione materiale e quella processuale delle parti non è sempre identica: con un’azione di annullamento (“Anfechtungsklage”) il ricorrente può sia difendersi nei confronti di un provvedimento che incide sulla sua sfera giuridica, sia rivendicare un diritto stabilito direttamente dalla legge, il cui esercizio viene impedito dalla p.a.<sup>(43)</sup>.

D’altra parte, se si guarda al processo civile, l’azione di accertamento - nella sua versione positiva o negativa - dimostra l’irrilevanza del ruolo delle parti in merito alla regola di giudizio sul fatto incerto<sup>(44)</sup>.

A fronte delle critiche, lo stesso *Bundesverwaltungsgericht*, poco dopo, ha mutato orientamento<sup>(45)</sup>, riconoscendo che, per il riparto del rischio di *non liquet*, non può essere dirimente né la posizione delle parti nel processo, né la tipologia dell’azione prescelta.

---

<sup>41</sup> BVerwGE 3, 245 ss.

<sup>42</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 17 ss.; BERG, cit., 178 ss.

<sup>43</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 20.

<sup>44</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 173 ss., secondo cui “der konkrete Prozeß auf die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast keine Einfluß ausübt. Das zeigt sich auch weiter darin, daß die Parteirolle für die Beweislastverteilung ohne Bedeutung ist (...). Das Hauptbeispiel für diesen Grundsatz ist die negative Feststellungsklage”.

<sup>45</sup> Cfr. BVerwGE 3, 267 ss.

## 2.2. La teoria della probabilità prevalente

Un breve accenno merita la teoria della probabilità prevalente (“Überwiegensprinzip”), germogliata nei paesi scandinavi con il nome di *Överviktsprincip* (<sup>46</sup>).

Ne esistono due varianti, di cui una fa perno sulla probabilità astratta, l'altra sulla probabilità concreta: la prima implica la vittoria della causa in capo alla parte che afferma un fatto “maggiormente probabile” dal punto di vista astratto, cioè stabilito dal legislatore; la seconda dal punto di vista concreto, ossia sulla base delle massime di esperienza applicate al caso specifico (<sup>47</sup>).

Questa teoria, come si vede, non ha ad oggetto la funzione decisionale dell'onere della prova (regola di giudizio sul fatto incerto), ma la funzione valutativa (misura e apprezzamento della prova).

Essa non può essere accolta in quanto, eliminando in radice la possibilità di un *non liquet* nella *quaestio facti*, scardinerebbe il principio della “certezza” dell'accertamento giudiziario e del “pieno” convincimento del giudice (<sup>48</sup>).

---

<sup>46</sup> Cfr. EKELÖF, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, Bd. 75, 289 ss.; EKELÖF, *Beweiswert*, in *Festschrift für Fritz Baur*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1981, 343 ss. Per una introduzione sul tema si veda PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in GLENDI-PATTI-PICOZZA, *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, Giappichelli, Torino, 1986, 39 ss.

<sup>47</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 48 ss.; BERG, cit., 214 ss.

<sup>48</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 417. Secondo BERG, cit., 214, “sofern man das gesetzliche Überzeugungsgebot ernst nimmt, muß man von objektiver Beweislosigkeit immer schon dann sprechen, wenn sich das Gericht die volle Überzeugung vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen einer Norm nicht

### 2.3. *Le regole generali del diritto amministrativo*

In linea generale, secondo la *Normentheorie* di Rosenberg, ogni parte deve provare i presupposti di fatto della norma di cui ne chiede l'applicazione (<sup>49</sup>).

Questa teoria si basa sull'assunto secondo cui una norma può essere applicata solo quando la fattispecie astratta da essa prevista si concretizza nella realtà; dunque la norma non può trovare applicazione quando il giudice non ha raggiunto il pieno convincimento sull'esistenza dei suoi presupposti di fatto.

La *Normentheorie*, elaborata per il processo civile, è stata subito accolta anche dal *Bundesverwaltungsgericht*, che in alcune sue decisioni l'ha considerata addirittura come “una delle regole generali del diritto amministrativo” (<sup>50</sup>).

Tuttavia, sulla base della “Günstigkeitsregel” che è alla base della *Normentheorie*, sorgono difficoltà nello stabilire - a differenza del diritto civile - per quale delle parti sia favorevole

---

hat verschaffen können. Das hat die unerquickliche Konsequenz, daß manche Streitigkeiten nach Beweislastregeln abzuwickeln sind, obwohl eine hohe oder überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen ganz bestimmten Sachverhalt spricht”. Sulla differenza tra verità, verosimiglianza e probabilità nel processo si rinvia a TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, 143 ss.

<sup>49</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 12, secondo cui “diejenige Partei, deren Prozeßbegehre ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Beweislast dafür, daß die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind, oder - kurz gesagt - trägt die Beweislast für die Voraussetzungen des anzuwendenden Rechtssatzes”.

<sup>50</sup> Cfr. BVerwGE 30, 358.

un determinato elemento della norma di diritto amministrativo<sup>(51)</sup>.

Lo stesso *Bundesverwaltungsgericht* ha riconosciuto che le disposizioni del diritto amministrativo non contengono alcun chiaro riparto dell'onere della prova, né per mezzo della loro struttura, né per mezzo del loro tenore letterale<sup>(52)</sup>.

Il problema di fondo risiede nel fatto che il diritto amministrativo ha ad oggetto l'interesse pubblico: di qui l'impossibilità di stabilire a chi è favorevole una determinata norma<sup>(53)</sup>.

È stato altresì obiettato che la regola di giudizio nel processo amministrativo non può essere determinata senza tenere in considerazione il diritto costituzionale<sup>(54)</sup>.

Infine, contro la *Normentheorie* declinata alla luce della *Günstigkeitsregel* depone anche il fatto che essa porterebbe a

---

<sup>51</sup> Cfr. BERG, cit., 181, secondo cui “vom Ausgangspunkt der ‘Günstigkeitsregel’ aus gesehen liegt die größte Schwierigkeit darin festzustellen, für welchen der Beteiligten ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal vorteilhaft ist”.

<sup>52</sup> Cfr. BVerwGE 44, 265, secondo cui “Vorschriften des öffentlichen Rechts bringen vielfach durch ihren Aufbau und durch ihren Wortlaut keine eindeutige Beweislastregelung zum Ausdruck”.

<sup>53</sup> Secondo PESCHAU, cit., 35, “es mangle im Verwaltungsrecht an einer ausgefeilten Systematik mit klaren Interessenabgrenzungen unter Günstigkeitsaspekten. Häufig sei es wegen der Komplexität des öffentlichen Interesses auch gar nicht möglich festzustellen, für wen eine erstrebte Rechtsfolge günstig sei. Deshalb wäre es gewagt, die Beweislastverteilung allein der Fassung des Gesetzes entnehmen zu wollen”. Sulla stessa linea BERG, cit., 184, per il quale la *Normentheorie* è “nicht nur logisch unhaltbar und wegen ihres formalen Charakters inhaltlich unbefriedigend; sie ist auch in der Praxis nur schwer zu handhaben, weil oft nicht herauszufinden ist, welcher Partei eine Rechtsfolge ‘günstig’ ist”.

<sup>54</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 36.



risultati paradossali nell'ambito delle azioni di accertamento intentate dai terzi (<sup>55</sup>).

#### 2.4. *La presunzione di legittimità*

La presunzione di legittimità e la presunzione di libertà (par. 2.5) sono parametri ideologici o metagiuridici, in quanto assegnano il primato a determinati valori.

Secondo la presunzione di legittimità (“Rechtsmäßigkeitsermutung”, *in dubio pro auctoritate*), “das Verwaltungsrecht die Vermutung der Rechtsmäßigkeit für sich hat” (<sup>56</sup>).

La presunzione di legittimità deve anzitutto distinguersi dalla presunzione di validità (“Günstigkeitsermutung”), secondo cui l'atto amministrativo, di regola, si presume valido, essendo la decisione sulla sua illegittimità riservata al giudice amministrativo (<sup>57</sup>).

Va da sé che la presunzione di validità non possa avere rilevanza per il riparto del rischio di *non liquet*, distinguendo soltanto tra atti amministrativi nulli e annullabili (<sup>58</sup>).

---

<sup>55</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 37.

<sup>56</sup> PESCHAU, cit., 70. Al riguardo, si veda altresì NIERHAUS, cit., 418.

<sup>57</sup> Secondo WOLFF-BACHOF, *Verwaltungsrecht*, I, § 50, C. H. Beck, München, 1974, 414, “der Grund für die (...) Wirksamkeit auch rechtswidriger Verwaltungsakte liegt im Rechtsstaat darin, daß der Verwaltungsakt eine autoritative Entscheidung über die Auslegung und Anwendung des objektiven Rechts enthält, auf deren Zuverlässigkeit jedermann im Interesse der Rechtssicherheit solange muß vertrauen dürfen, als diese Entscheidung formell Bestand hat”.

<sup>58</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 70.

Per quanto riguarda la presunzione di legittimità, essa implica che, quando sussistono i presupposti di fatto dell'atto amministrativo, essi giustificano l'emanazione dell'atto stesso<sup>(59)</sup>. Con la regola di giudizio del caso incerto, dunque, questa presunzione non ha niente a che vedere.

Dal punto di vista dogmatico, peraltro, non si tratta - come osservato in dottrina<sup>(60)</sup> - nemmeno di una vera e propria presunzione legale (cap. I, par. 6), in quanto essa non soddisfa i requisiti né delle presunzioni di situazioni di fatto ("Tatsachenvermutungen"), né delle presunzioni di situazioni di diritto ("Rechtsvermutungen").

È stato infine osservato che se la presunzione di validità venisse assunta come regola di giudizio del fatto incerto, la spada di Damocle del *non liquet* incomberebbe sempre sul cittadino, il che si porrebbe in contrasto col diritto costituzionale, e in particolare con i diritti fondamentali, il principio di legalità e l'effettività della tutela giurisdizionale<sup>(61)</sup>.

---

<sup>59</sup> Cfr. OVG Münster, OVG 12, 128, secondo cui "auch die nach herrschender Ansicht bestehende Vermutung für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes spricht nicht für eine Beweislast des Klägers. Denn diese Vermutung bedeutet doch nur, daß, wenn die Tatsachen, die dem Verwaltungsakt zu Grunde gelegt sind, vorhanden sind, sie vermutlich den Verwaltungsakt rechtfertigen. Mit der Frage, ob diese Tatsachen vorhanden sind, also mit der Beweislastfrage, hat diese Vermutung nichts zu tun".

<sup>60</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 71; NIERHAUS, cit., 418.

<sup>61</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 72; NIERHAUS, cit., 419.

## 2.5. La presunzione di libertà

La presunzione di libertà (“*Freiheitsvermutung*”) è nata in origine come criterio di ermeneutica costituzionale (*in dubio pro libertate*), e soltanto in seguito è stata introdotta nel dibattito sulla regola di giudizio sul fatto incerto <sup>(62)</sup>.

In questo ambito, il problema del *non liquet* verrebbe risolto dalla priorità del valore della dignità umana: “*der Vorrang des Eigenwertes des Personenwürde löst das non liquet*” <sup>(63)</sup>.

A causa della sua unidimensionalità, la presunzione di libertà ha ricevuto numerose critiche da parte della dottrina <sup>(64)</sup>.

La sua operatività deve essere esclusa nel processo amministrativo, di cui sono parti necessarie i terzi controinteressati, poiché entrerebbero in conflitto diversi diritti di libertà: “*im Zweifel für wessen Freiheit?*” <sup>(65)</sup>.

## 2.6. La ragionevolezza ed equità

Secondo il principio della ragionevolezza ed equità (“*Zumutbarkeit und Billigkeit*”), il rischio di *non liquet* dovrebbe essere addossato alla parte che potrebbe sopportare meglio la potenziale ingiustizia di una decisione errata <sup>(66)</sup>.

---

<sup>62</sup> Cfr. BERG, cit., 190.

<sup>63</sup> AUER, *Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren*, Diss. Mainz, München, 1963, 86.

<sup>64</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 68 ss.

<sup>65</sup> NIERHAUS, cit., 421.

<sup>66</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 422, secondo cui “dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit wird insoweit entscheidende Bedeutung beigemessen, als derjenigen Partei das Aufklärungsrisiko der Feststellungslast zugewiesen werden soll, die im Hinblick auf die materielle Härte der Konsequenzen einer Beweislastentscheidung

Al riguardo, la dottrina si divide tra chi riconosce in questo criterio di riparto qualche spunto interessante (<sup>67</sup>), e chi invece lo reputa un “sentimentales Verteilen von Milde und Härte nach ungesicherten Maßstäben” (<sup>68</sup>).

In questa seconda corrente si iscrive anche la critica del Prütting (<sup>69</sup>), il quale ha richiamato l’attenzione sul pericolo di una regola di giudizio secondo la discrezionalità del giudice.

A ben vedere, peraltro, la ragionevolezza ridonda nella teoria della probabilità prevalente: alla luce dal canone della ragionevolezza, infatti, il rischio di *non liquet* può essere addossato soltanto alla parte che “più probabilmente” ha torto.

Sulla teoria della probabilità prevalente, non possono che richiamarsi le critiche svolte nel par. 2.2.

## 2.7. Il mantenimento dello status quo

La *Normentheorie* può essere declinata anche alla luce della tutela dello *status quo* (<sup>70</sup>): chi aspira alla modifica dello *status*

---

das “potentielle Unrecht” einer “Fehlentscheidung” zumutbarer- oder billigerweise “eher” tragen kann”.

<sup>67</sup> Cfr. BERG, cit., 209 ss.

<sup>68</sup> ULE, *Buchbesprechung von Wilfried Berg, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissen Sachverhalt*, in *DVBl.*, 1981, 422.

<sup>69</sup> Cfr. PRÜTTING, cit., 181 ss.

<sup>70</sup> Cfr. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Duncker & Humblot, München, 1966, 48 ss.; MUSIELAK, cit., 355.

*quo* deve anche sopportare il rischio di *non liquet* sulla questione di fatto (<sup>71</sup>).

Alla base di questa lettura della *Normentheorie* può scorgersi, oltre a ragioni pratiche, l'esigenza di assicurare la pace tra i consociati (<sup>72</sup>).

Alla domanda “quale è la parte che aspira alla modifica dello *status quo*?” si può rispondere solo a seguito dell'analisi delle posizioni giuridiche in campo (<sup>73</sup>).

Come osservato dal Rosenberg (<sup>74</sup>), la tutela dello *status quo* non può essere assunta come criterio di riparto del rischio di *non liquet*, in quanto non tutti i processi presuppongono uno stato di fatto pacifico o comportano in ogni caso una modifica dello *status quo*, né può essere di ausilio quando lo stato di fatto è complesso ed aggrovigliato.

## 2.8. La teoria delle sfere

Secondo la teoria delle sfere di influsso (“Einflußsphäre”), il rischio di *non liquet* ricade sulla parte che, in virtù della sua

---

<sup>71</sup> Cfr. LEIPOLD, cit., 48 ss. Secondo BERG, cit., 230, “für die Beweislastfrage bedeutet Besitzstandsschutz lediglich, daß es die Rechtsordnung im tatsächlichen Zweifelsfälle für richtiger ansieht, die bestehende Lage aufrecht zu erhalten”.

<sup>72</sup> Cfr. MUSIELAK, cit., 354.

<sup>73</sup> Cfr. LEIPOLD, cit., 49. In linea generale, PESCHAU, cit., 41, ha osservato che “kann man zum Beispiel für den Grundfall der Anfechtungsklage sagen, daß formal der klagende Bürger als Angreifer auftritt, materiell-rechtlich sich aber gegen die Behörde verteidigt, die durch einen belastenden Verwaltungsakt in seinen Rechtskreis eingegriffen hat. Hingegen ist der Verpflichtungskläger, der eine Erweiterung seiner Rechtssphäre begehrt, auch regelmäßig als Veränderer zu qualifizieren”. Sulla stessa linea BERG, cit., 230.

<sup>74</sup> Cfr. ROSENBERG, cit., 97.

maggior vicinanza all'oggetto della prova, ha la migliore o addirittura unica possibilità di chiarimento e di prova <sup>(75)</sup>.

La teoria delle sfere poggia su un solido fondamento di diritto costituzionale <sup>(76)</sup>: in suo favore militano il principio dello Stato di diritto, il principio di legalità e i principi di effettività della tutela e di parità delle armi tra le parti <sup>(77)</sup>.

Nell'ordinamento tedesco, essa viene considerata in rapporto dialettico con il principio di collaborazione delle parti all'istruzione probatoria, in quanto il § 86 Abs. 1 VwGO statuisce che "il tribunale esamina d'ufficio lo stato dei fatti; le parti devono essere coinvolte a questo proposito. Esso non è vincolato alle allegazioni e alle richieste probatorie delle parti" <sup>(78)</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. PESCHAU, cit., 56, secondo cui "es erscheint gerechtfertigt, die Partei mit dem Aufklärungsrisiko zu belasten, die "näher dran" ist oder in deren Verantwortungs- und Verfügungssphäre die Ungewißheit entstanden ist". Tale criterio di riparto trova il suo addentellato normativo in alcuni paragrafi del BGB, ad es. i §§ 282, 831-833 BGB: cfr. LEIPOLD, cit., 57.

<sup>76</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 446 ss.

<sup>77</sup> Sul principio di parità delle armi, NIERHAUS, cit., 451, ha osservato che "die Waffengleichheit der Prozeßbeteiligten ist als ein Element der Fairneß zu begreifen. Unter Waffengleichheit der Parteien im Prozeß ist ein "prozessualer Gleichheitssatz" zu verstehen, der gewährleisten soll, daß die Parteien ohne Rücksicht auf ihre Stellung als Angreifer oder Gegner oder ein etwa prozessual oder außerprozessual bestehendes Über- und Unterordnungsverhältnis im gerichtlichen Verfahren die gleiche Rechtsstellung und die gleiche prozessualen Möglichkeiten haben. Diese Regel wirkt sich keineswegs nur zugunsten des Bürgers aus".

<sup>78</sup> "Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden". Secondo NIERHAUS, cit., 456, nota 506, il principio inquisitorio che informa il processo amministrativo tedesco è un "wesentlicher Faktor für die Herstellung der Waffengleichheit".

La collaborazione si riferisce a quegli oggetti di prova che risiedono nell'ambito di responsabilità e disponibilità delle parti (<sup>79</sup>): con le parole del *Bundesverwaltungsgericht*, potremmo dire che il dovere di collaborazione delle parti all'istruttoria non si estende a quelle circostanze che non ricadono nella loro sfera o nel loro campo di conoscenza (<sup>80</sup>).

### 3. *La dottrina italiana*

Nel dibattito sulla regola di decisione nell'ipotesi di fatto incerto, il contributo della dottrina italiana può essere esposto secondo uno schema dialettico: la tesi tradizionale, secondo cui chi agisce in giudizio deve provare i fatti alla base della domanda; l'antitesi, secondo cui la p.a. è l'attore sostanziale della lite; la sintesi di Mario Nigro.

#### 3.1. *La tesi tradizionale*

Secondo la tesi tradizionale di matrice processualcivilistica, il principio dell'*actio* - "che si manifesta anche nel processo amministrativo" (<sup>81</sup>) - indica al giudice "il contenuto della

---

<sup>79</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 438, secondo cui "sich die Beteiligtenmitwirkung in aller Regel auf solche Beweisgegenstände bezieht, die im Lebens-, Verantwortungs-, Verfügungs- oder Risikobereich des Mitwirkungspflichtigen angesiedelt sind".

<sup>80</sup> Cfr. BVerwG, in DÖV, 1987, 744, secondo cui "die Mitwirkungspflicht der Beteiligten bei der Aufklärung des Sachverhalts durch das Tatsachengericht erstreckt sich nicht auf solche Tatsachen, die nicht in ihren Erkenntnisbereich und nicht in ihre Sphäre fallen".

<sup>81</sup> MICHELI, cit., 285.

concreta decisione, quando egli non sia in grado di formare il proprio convincimento per mancanza di elementi probatori”<sup>(82)</sup>.

Di qui l’onere di provare l’illegittimità dell’atto a carico del ricorrente, stante la regola generale secondo cui chi agisce in giudizio deve giustificare la sua domanda<sup>(83)</sup>.

### 3.2. *L’antitesi*

L’antitesi consiste nel ritenere la p.a. attore sostanziale della lite, con conseguente addossamento alla stessa del rischio della mancata prova<sup>(84)</sup>.

Al riguardo, Vincenzo Spagnuolo Vigorita ha osservato che nel processo amministrativo, sebbene formalmente colui che dice è il ricorrente, in realtà chi agisce è la p.a.

Pertanto, il ricorrente è colui che “nega”, anche se formalmente “dice”<sup>(85)</sup>. Di qui la conclusione che, se ad agire è la p.a., “è dunque essa che appunto deve provare gli assunti in base ai quali si muove autoritativamente”<sup>(86)</sup>.

L’assunto è condiviso da Lucio Sinagra, secondo cui il processo amministrativo è equiparabile all’opposizione a decreto

---

<sup>82</sup> MICHELI, cit., 285.

<sup>83</sup> Cfr. VILLATA, *Considerazioni*, cit., 222; VILLATA, *Riflessioni*, cit., 225; VERDE, *L’onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 399 ss.

<sup>84</sup> Cfr. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1994, 32-33, 46 ss.

<sup>85</sup> Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull’istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 10-11.

<sup>86</sup> SPAGNUOLO VIGORITA, cit., 18.



ingiuntivo *ex art. 645 c.p.c.* (<sup>87</sup>), con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine all'onere della prova (<sup>88</sup>).

### 3.3. *La sintesi di Nigro*

Lo sviluppo dialettico giunge al momento della sintesi (“*Aufhebung*”) con Mario Nigro (<sup>89</sup>), secondo cui, per costruire una regola di giudizio sul fatto incerto nel processo amministrativo, occorre prendere in considerazione sia la posizione delle parti sul terreno sostanziale (profilo statico) che le connessioni fra procedimento e processo (profilo dinamico).

Per quanto riguarda il profilo statico, relativo al contenuto materiale dell'interesse legittimo fatto valere, Nigro sostiene che la distinzione tra interessi oppositivi e interessi pretensivi è il

---

<sup>87</sup> Sul procedimento di ingiunzione si rinvia alla monografia di GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Giuffrè, Milano, 1991.

<sup>88</sup> Cfr. SINAGRA, *I caratteri istruttori del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 239, per il quale cui la p.a. deve “essere considerata come la vera parte attrice del processo amministrativo, perché l'atto amministrativo è l'atto motore di esso, con tutte le conseguenze che ne discendono secondo la legge e i principi e così anche in ordine alla prova e all'onere della prova. La prova deve quindi essere fornita primieramente dall'amministrazione che, se prima del processo era la pubblica autorità con speciali poteri, adesso, nel processo, è un soggetto equiordinato rispetto al ricorrente e alle altre parti nel processo amministrativo, una parte di questo, anzi la parte che vi ha dato luogo. Il cittadino ha solo il processo per poter reagire, anche per potere eventualmente paralizzare provvisoriamente l'azione amministrativa altrimenti esecutoria, e per questo deve considerarsi tenuta la p.a. ad offrire essa la dimostrazione dei fatti giuridici che essa pone o considera a fondamento del proprio provvedimento e della esistenza di esso o comunque del proprio comportamento”.

<sup>89</sup> Cfr. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1967, V, 9 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1996, 697 ss.

primo criterio per operare la ripartizione del rischio della mancata prova (<sup>90</sup>).

Ciò posto, Nigro richiama l'attenzione sul profilo dinamico di tale ripartizione, osservando che “il processo amministrativo s'impiana su di un procedimento che ne prepara e ne condiziona lo sviluppo in vari modi ed anche sul terreno della prova” (<sup>91</sup>).

Di qui la conclusione, davvero illuminante, secondo cui devono essere altresì indagate le connessioni fra procedimento e processo “per stabilire quali alterazioni l'esistenza di un procedimento arrechi alla ripartizione dell'onere della prova assunta sotto il profilo statico” (<sup>92</sup>).

Al riguardo, Nigro osserva che: a) può accadere che l'onere della prova sia normativamente distribuito in un certo modo nel procedimento amministrativo a monte; b) nella determinazione del soggetto tenuto a provare un fatto non si può prescindere dalle posizioni che le parti hanno concretamente assunto circa la prova di esso nel procedimento amministrativo; c) infine, è il procedimento che provoca la provvista di documenti utili per la

---

<sup>90</sup> Secondo NIGRO, cit., 697-698, sembra indubbio 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 o fanno venir meno l'aspettativa pretensiva (...). Ma laddove il cittadino resiste all'azione positiva dell'amministrazione, la quale o immediatamente incide in un diritto di lui (provvedimenti ablatori) o tocca comunque il campo degli interessi materiali che, per così dire, gli pertengono (terzo danneggiato da una licenza edilizia), la situazione appare rovesciata”.

<sup>91</sup> NIGRO, cit., 701.

<sup>92</sup> NIGRO, cit., 701.

trattazione dell'*affaire* e la sua concentrazione nelle mani della p.a.

Pertanto, nella ripartizione del rischio della mancata prova non si può prescindere dal profilo dinamico (<sup>93</sup>).

#### 4. *Il nostro contributo al chiarimento del dibattito*

Alla luce di quanto esposto, è ora possibile dare il nostro contributo al chiarimento del dibattito sull'ambito di operatività del metodo acquisitivo e sulla regola di giudizio in caso di mancata prova.

##### 4.1. *Il metodo acquisitivo*

Prima tesi: il metodo acquisitivo deve essere governato dal principio della disponibilità della prova; pertanto, esso non può trovare applicazione qualora il ricorrente abbia la disponibilità della prova.

In favore di questa ricostruzione, oltre alla giurisprudenza amministrativa più recente (<sup>94</sup>), militano almeno tre argomenti: la legge n. 241/1990 e il codice del processo amministrativo (formante legislativo); la sentenza della Corte costituzionale n. 251/1989 (formante giurisprudenziale) e la giurisprudenza della

---

<sup>93</sup> Cfr. NIGRO, cit., 701 ss.

<sup>94</sup> Si vedano, *ex multiis*, Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 10 ottobre 2013 n. 2277; Tar Valle d'Aosta, 13 marzo 2013 n. 12; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2013 n. 1212; Cons. Stato, Sez. III, 4 luglio 2011 n. 4004; Tar Lazio, Latina, 7 dicembre 2011 n. 1022; Cons. Stato, Sez. VI, 24 gennaio 2011 n. 457.

Corte di cassazione sul principio della vicinanza della prova; la teoria delle sfere e la sintesi di Nigro (formante dottrinale).

#### 4.1.1. *Il formante legislativo*

Con l'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, l'accesso agli atti è divenuto "principio generale dell'attività amministrativa" (art. 22, comma 2).

La legge n. 241/1990, infatti, ha riconosciuto il diritto di accesso come "diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi" (art. 22, comma 1).

Di qui il ribaltamento della prospettiva: dalla regola del segreto, che caratterizzava l'epoca in cui scrivevano Feliciano Benvenuti e Mario Nigro, si passa alla regola dell'accesso, e i limiti all'accesso diventano eccezioni (<sup>95</sup>).

Il che non può non avere risvolti sull'istruzione primaria (<sup>96</sup>) che deve svolgere il ricorrente (<sup>97</sup>) - anche servendosi del rito speciale in materia di accesso ai documenti *ex art. 116, comma 2, c.p.a.* - per ricercare ed acquisire gli elementi costitutivi sui quali fondare la propria affermazione (<sup>98</sup>).

---

<sup>95</sup> Cfr. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2013, 223.

<sup>96</sup> La distinzione tra "istruzione primaria" e "istruzione secondaria" è opera di BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 71 ss.

<sup>97</sup> Cfr. LOIODICE, *Conoscibilità dell'attività amministrativa e difesa giudiziaria*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1967, 267, secondo cui "l'esigenza di una conoscibilità degli atti amministrativi non si ricollega soltanto all'attività istruttoria del giudice ma, anche e prima, all'attività difensiva delle parti che sollecitano e indirizzano lo svolgimento di questa istruttoria".

<sup>98</sup> Sui risvolti della l. 241/1990 sull'istruzione probatoria nel processo amministrativo si vedano VIRGA, cit., 9 ss.; SAITTA, *Il sistema probatorio del*

Con le parole di Nigro, potremmo dire che “la funzione ortopedica del processo diventa meno necessaria, quando già sul terreno sostanziale si eliminano o contengono le maggiori storture”<sup>99</sup>).

Per quanto riguarda la disciplina processuale, occorre menzionare - oltre al testé citato art. 116, comma 2, c.p.a. - le due disposizioni su cui, a nostro avviso, ruota l’istruzione probatoria nel processo amministrativo: l’art. 64, comma 1, c.p.a., secondo cui “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”, e l’art. 64, comma 3, c.p.a., il quale stabilisce che “il giudice amministrativo può disporre, anche d’ufficio, l’acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione”.

Questi due commi mostrano che il legislatore del codice, escludendo il soccorso del g.a. laddove gli elementi di prova siano nella disponibilità delle parti, ha agganciato il metodo acquisitivo al principio della disponibilità della prova.

#### 4.1.2. *Il formante giurisprudenziale*

Nella sentenza n. 251/1989 (rel. Caianiello), la Corte costituzionale - occupandosi della limitazione dei mezzi di prova

---

*processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1 ss.

<sup>99</sup> NIGRO, cit., 696.

nel processo amministrativo - esordiva ricordando che nel processo amministrativo la tutela degli interessi legittimi avviene attraverso il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo, il quale deve necessariamente muovere in primo luogo dall'esame del complesso degli elementi che la p.a. ha posto a fondamento delle proprie valutazioni.

Ciò premesso, la Corte rilevava che mentre “il *thema decidendum* è rigidamente prefissato dalle prospettazioni e dalle allegazioni del ricorrente, di norma è nel dominio dell'amministrazione la possibilità di fornire la prova di certi fatti, per cui se, ai fini della decisione, occorra verificare la veridicità di fatti posti a fondamento dell'atto amministrativo impugnato, è l'organo amministrativo che l'ha emanato a subire il relativo onere probatorio e le conseguenze del mancato assolvimento di questo, spettando al giudice, che abbia disposto l'acquisizione della prova individuando la parte all'uopo onerata, di trarre il proprio convincimento dal comportamento dell'amministrazione che non sia stata in grado di dimostrare quanto affermato”.

Pertanto, concludeva la Corte, “il convincimento del giudice deve formarsi non sulla base di ciò che le parti prima del processo (come, ad esempio, l'amministrazione in sede di emanazione dell'atto amministrativo da cui trae occasione il processo) o durante esso abbiano affermato, bensì su ciò che

ciascuna di esse, in base alle proprie disponibilità, sia stata in grado di provare”.

A fronte delle numerose critiche (<sup>100</sup>), l'impianto argomentativo della sentenza è stato difeso in sede dottrinale dal suo relatore, Vincenzo Caianiello.

A suo avviso, il g.a. deve anzitutto accertare se i fatti posti a fondamento dell'atto impugnato siano realmente quelli asseriti dalla p.a.: “egli perciò non può limitarsi a recepirli così come vengono affermati dall'amministrazione stessa bensì, secondo la comune regola di giudizio in tema di onere della prova, come da essa provati o addirittura, ancorché affermati dal ricorrente, anche da essa stessa ugualmente provati quando di quei “fatti” abbia il monopolio” (<sup>101</sup>).

E poiché il potere “si fa atto” attraverso il procedimento amministrativo, l'indagine del giudice non può prescindere da quello che è avvenuto nel procedimento.

Ciò perché l'interesse legittimo non è, come il diritto soggettivo, definito nel suo contenuto dalla legge, ma è un interesse sostanziale la cui soddisfazione è collegata all'esercizio di un potere da parte della p.a.: “ecco perché nell'attuale disciplina del processo è previsto che il giudice amministrativo, per operare nel senso richiestogli dal ricorrente, prenda prima di

---

<sup>100</sup> Cfr. VIRGA, *Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 115 ss.; AZZARITI, *Limitazione dei mezzi di prova e struttura del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur. cost.*, 1990, 1698 ss.; da ultimo, COCA, *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in QUARANTA-LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, 538.

<sup>101</sup> CAIANIELLO, cit., 368.

tutto in esame “il luogo” - che è appunto il procedimento amministrativo - nel quale l’interesse fatto valere nel processo è per la prima volta emerso, onde verificare se, nell’operare per la realizzazione dell’interesse pubblico, l’amministrazione abbia legittimamente o meno sacrificato l’interesse particolare del ricorrente con il quale sia venuto a contatto” <sup>(102)</sup>.

Questo è il motivo per cui - secondo Caianiello - non sembra “ingiusto” che la p.a. chiamata in giudizio “subisca le conseguenze della difettosa istruttoria, sul punto della acquisizione dei fatti nel procedimento, per non essere in grado, pur avendone la possibilità, di difendere nel processo l’assetto del rapporto come puntualizzato nell’atto impugnato. Una volta che nel processo si ripristina la posizione di parità fra le parti e l’amministrazione perde la posizione privilegiata che aveva nel procedimento, essa *imputet sibi* le conseguenze del proprio operato, come accade tutte le volte in cui i soggetti dell’ordinamento siano inadempienti rispetto a ciò che loro compete” <sup>(103)</sup>.

Ciò non toglie che se la p.a. si vede annullare nel processo un proprio atto per la mancata dimostrazione dei fatti affermati, una volta investita del potere di esecuzione del giudicato ben potrà ripercorrere l’*iter* del precedente procedimento annullato per verificare le circostanze di fatto in precedenza non provate <sup>(104)</sup>.

---

<sup>102</sup> CAIANIELLO, cit., 372.

<sup>103</sup> CAIANIELLO, cit., 373.

<sup>104</sup> Cfr. CAIANIELLO, cit., 373.



Il giudice amministrativo - conclude Caianiello - “non è difatti preposto al controllo di legalità dell’azione amministrativa né tanto meno è il tutore degli interessi pubblici dilapidati dall’amministrazione che dovrebbe curarli, essendo egli preposto dal dettato costituzionale (art. 103) alla “tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi”, cioè proprio in funzione di bilanciamento *ex parte civium* della posizione di supremazia, *ex parte auctoritatis*, di cui l’amministrazione gode nel procedimento amministrativo. Se perciò l’amministrazione vuole porre al riparo i propri atti dell’annullamento in un futuro eventuale processo per mancata dimostrazione della sussistenza dei fatti posti a base delle proprie determinazioni, ed impedire che sia il giudice a sostituire un proprio assetto agli interessi in gioco, ha tutti i mezzi per farlo nel procedimento del quale ha il dominio”<sup>(105)</sup>.

In definitiva, si deve “di volta in volta - qualunque sia la natura dell’interesse legittimo sotteso alla controversia - stabilire (essendo proprio questa la peculiarità del metodo acquisitivo) chi è in grado di fornire la prova, e solo una volta compiuta questa verifica, il giudice potrà formare il proprio convincimento, qualora i fatti affermati dall’una o dall’altra parte non risultino provati neppure mediante l’esercizio del potere acquisitivo da parte del giudice”<sup>(106)</sup>.

---

<sup>105</sup> CAIANIELLO, cit., 373.

<sup>106</sup> Cfr. CAIANIELLO, cit., 367 ss.

Da quanto riportato si può dedurre che, in questa sentenza tanto citata quanto non adeguatamente meditata, la Corte costituzionale - ancora prima dell'emanazione della legge n. 241/1990 - aveva ricollegato il metodo acquisitivo al principio della disponibilità della prova.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di cassazione sul principio della vicinanza della prova, basti citare le sentenze delle Sezioni Unite nn. 577 e 582/2008, 141/2006 e 13533/2001.

#### 4.1.3. *Il formante dottrinale*

Tra le varie teorie elaborate dalla dottrina, la teoria delle sfere<sup>(107)</sup> e la sintesi di Nigro sembrano convalidare in forme diverse la nostra tesi, e cioè che il metodo acquisitivo deve essere guidato dal principio della disponibilità della prova.

#### 4.2. *La regola di giudizio in caso di mancata prova*

Seconda tesi: la regola di giudizio in caso di mancata prova dipende a monte dal principio della disponibilità della prova, e a valle dal provvedimento istruttorio del g.a.

L'assunto permette di chiarire il valore del provvedimento istruttorio del g.a. e gli effetti della sua inottemperanza.

In primo luogo, al g.a. non è consentito decidere secondo criteri che creino una situazione di privilegio per la p.a.<sup>(108)</sup>, né è

---

<sup>107</sup> Cfr. NIERHAUS, cit., 430 ss., in particolare 431, nota 373; PESCHAU, cit., 56 ss.; per il processo civile si veda PRÜTTING, cit., 213.

<sup>108</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 437-438.

permesso addossare ad una delle due parti, secondo il suo libero arbitrio, le conseguenze dell'incertezza (<sup>109</sup>).

Come abbiamo sostenuto nel par. 4.1, il g.a. deve attribuire il compito della rappresentazione del fatto alla parte che ha la disponibilità della prova (<sup>110</sup>), venendo in soccorso del cittadino nelle ipotesi in cui le sue difficoltà probatorie appaiono esaltate dalla estrema facilità con cui la p.a. potrebbe fornire la dimostrazione della propria legittima azione amministrativa (<sup>111</sup>).

Nel caso in cui la vicinanza alla prova imponga di attribuire il compito della rappresentazione, anziché al ricorrente che ha introdotto il fatto, alla p.a. non vale più la serie “mancata rappresentazione - mancata introduzione” (<sup>112</sup>). Di qui, la mancata rappresentazione del fatto non può essere posta a carico del ricorrente come ragione di soccombenza (<sup>113</sup>).

Dal nostro punto di vista, l'inottemperanza all'ordine di rappresentazione da parte della p.a. non costituisce né una qualche forma di prova legale, né una prova liberamente valutabile, né tantomeno un argomento di prova, come ritiene in modo pressoché costante la giurisprudenza amministrativa.

Sia l'art. 116 c.p.c., sia la disposizione speculare di cui all'art. 64, comma 4, c.p.a., hanno ad oggetto la *valutazione* delle prove (cfr. par. 1.3), fase processuale senz'altro rilevante ai fini del

---

<sup>109</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 438.

<sup>110</sup> Cfr. MICHELI, cit., 282-283.

<sup>111</sup> Cfr. VERDE, *L'onere della prova*, cit., 401.

<sup>112</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 444.

<sup>113</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 444.

decidere, ma collocata su un piano diverso rispetto a quella *rappresentativa* (cfr. par. 1.2).

Ne consegue che l'istituto dell'argomento di prova non può essere utilizzato per scardinare il criterio di riparto dell'onere della prova.

A livello teorico ciò significa che la p.a., in caso di mancata ottemperanza al provvedimento istruttorio del g.a., deve essere considerata soccombente non già *ex art. 64, comma 4, c.p.a.* (<sup>114</sup>), bensì a causa del mancato assolvimento dell'onere probatorio così come definito in corso di causa dal g.a. (<sup>115</sup>).

---

<sup>114</sup> La giurisprudenza amministrativa al riguardo sembra essere granitica: si vedano, *ex multis*, Tar Calabria, Catanzaro, 8 maggio 2013 n. 539; Tar Calabria, Reggio Calabria, 14 marzo 2013 n. 165; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 9 gennaio 2013 n. 204; Tar Abruzzo, Pescara, 28 dicembre 2012 n. 558; Tar Lazio, Latina, Sez. I, 3 ottobre 2012 n. 707; Tar Veneto, Sez. II, 28 novembre 2011 n. 1776; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 10 novembre 2011 n. 5255; Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 1 agosto 2011 n. 2044; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 3 maggio 2011 n. 3832; Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2009 n. 3524; Cons. Stato, Sez. IV, 15 giugno 2008 n. 2247.

<sup>115</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 448-449.

CAPITOLO IV

IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE

NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: Introduzione. - 1. Inquadramento teorico. - 1.1. Principio dispositivo. - 1.2. Comportamento processuale. - 1.3. Principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti. - 2. I limiti oggettivi. - 2.1. La distinzione tra fatto e diritto. - 2.2. La disponibilità della situazione giuridica soggettiva. - 2.3. Fatti principali e fatti secondari. - 2.4. Fatti fondanti questioni processuali. - 2.5. Prova scritta *ad substantiam* e *ad probationem*. - 3. I limiti soggettivi nei processi con pluralità di parti. - 3.1. La reciprocità. - 3.2. La non contestazione nei processi con pluralità di parti. - 4. L'individuazione dei comportamenti integranti la non contestazione. - 4.1. Ammissione esplicita ed espressa dichiarazione di non contestare il fatto. - 4.2. Ammissione implicita. - 4.3. Contestazione del solo *an* o del solo *quantum*. - 4.4. Il silenzio sui fatti allegati. - 4.5. La contestazione generica. - 4.6. La contumacia. - 4.6.1. La breve esperienza del rito societario. - 4.7. La dichiarazione di non conoscere il fatto. - 5. Criteri di determinazione della soglia di sufficienza della contestazione. - 6. Limiti di revocabilità. - 7. Gli effetti della non contestazione. - 8. Il processo amministrativo. - 8.1. Inquadramento teorico. - 8.2. I limiti oggettivi. - 8.3. I limiti soggettivi. - 8.4. Comportamenti integranti la non contestazione. - 8.5. Criteri di determinazione della soglia di sufficienza della contestazione. - 8.6. Limiti di revocabilità. - 8.7. Gli effetti della non contestazione.

### *Introduzione*

In linea di primo approccio, il principio di non contestazione indica la regola processuale per cui non hanno bisogno di essere provati i fatti che, allegati da una parte, non sono stati espressamente contestati dall'altra (<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Sul principio di non contestazione, in generale, cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1995; DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, \*\*\*\*\*, Utet, Torino, 2010, 832 ss.; MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 316 ss.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.; PATTI, *Le prove civili. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2010, 13 ss.; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268 ss.; DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 273 ss.; DEL

La non contestazione, secondo la definizione dell'Andrioli, “nasce da un sistema di argomentazioni del difensore o della parte, comparsa di persona, che sia conciliabile con la verità dei fatti allegati dall'altra parte o dal difensore di questa, né importa che la conciliabilità sia esplicita o implicita” (2).

Si tratta di un tema molto complesso, la cui elaborazione dottrinale e giurisprudenziale - come ha osservato autorevole dottrina - “non sembra trovare pace” (3).

L'art. 115 c.p.c., come riformulato dall'art. 45, comma 14, l. 69/2009, prevede che “salvo 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”.

---

CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 111 ss.; TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. n. 3/2008, 69 ss.; TARUFFO, *Art. 115 c.p.c.*, in CARRATTA-TARUFFO, *Poteri del giudice*, Zanichelli, Bologna, 2011, 447 ss.; REALI, *La non contestazione nel giusto processo civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 227 ss.; RASCIO, *Note brevi sul “principio di non contestazione” (a margine di una importante sentenza)*, in *Dir. e giur.*, 2002, 83 ss.; CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, *La contestazione tra norme e sistema*, Giuffrè, Milano, 1992; CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Giuffrè, Milano, 1993.

<sup>2</sup> ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967, 274 ss., il quale richiama l'attenzione sul fatto che la non contestazione presuppone - o presupporrebbe - “la vigile partecipazione del giudice al contraddittorio e, in particolar modo, l'esercizio dei poteri di collaborazione (...). Se quei poteri non sono esercitati e se il giudice partecipa, sol per figura, alla trattazione della causa, la non contestazione dei fatti allegati rischia di trasformarsi in un tranello teso alla parte meno provveduta o assistita da un difensore sprovveduto”.

<sup>3</sup> CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 19.

Una speculare disposizione è stata introdotta nel processo amministrativo dall'art. 64, comma 2, c.p.a., secondo cui “salvo 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”.

A differenza del passato, in cui il principio di non contestazione veniva ricavato in via interpretativa (<sup>4</sup>), oggi tale principio ha un ben preciso fondamento normativo; tuttavia, il tenore letterale delle predette disposizioni chiarisce ben poco intorno al suo contenuto (<sup>5</sup>).

Nel presente capitolo si cercherà di comprendere l'ambito di operatività del principio di non contestazione, con particolare riguardo ai seguenti aspetti: inquadramento teorico (par. 1), limiti oggettivi (par. 2), limiti soggettivi (par. 3), individuazione dei comportamenti integranti la non contestazione (par. 4), criteri di determinazione della soglia di sufficienza della contestazione (par. 5), limiti di revocabilità (par. 6), effetti della non contestazione (par. 7).

---

<sup>4</sup> Cfr. CARRATTA, cit., 262 ss., 485 ss. Secondo PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, V, 604, accanto ai tre principi espliciti che il nostro ordinamento conosce in materia di prova (disponibilità della prova, prudente apprezzamento del giudice e onere della prova), “si è soliti enunciare un quarto, tacito, dal fondamento incerto, il principio di non contestazione secondo cui nei processi relativi a diritti disponibili i fatti non contestati non hanno bisogno di prova”. Anche prima della riforma dell'art. 115 c.p.c., infatti, lo stesso Autore riteneva che si trattasse di un principio “di diuturna applicazione nelle controversie civili”: cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2006, 407.

<sup>5</sup> Secondo CAVALLONE, *In difesa della veriphobia*, cit., 19, si tratterebbe di una “frettolosa ed inelegante aggiunta all'art. 115 c.p.c.”.

Una volta fissate le necessarie coordinate interpretative, si procederà all'analisi dell'operatività del principio di non contestazione nel processo amministrativo (par. 8).

### 1. *Inquadramento teorico*

In dottrina si registrano tre differenti orientamenti concernenti l'inquadramento teorico del principio di non contestazione.

Un primo indirizzo <sup>(6)</sup>, la cui impostazione dogmatica risale al Carnelutti <sup>(7)</sup>, riconduce la non contestazione nell'ambito del principio dispositivo (par. 1.1).

Un secondo orientamento, che potremmo far risalire all'Andrioli <sup>(8)</sup>, colloca la non contestazione tra i comportamenti processuali (par. 1.2).

Una terza e più recente ricostruzione, il cui merito è da attribuire ad Antonio Carratta <sup>(9)</sup>, mette in relazione la non contestazione con il principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti (par. 1.3).

Va da sé che il diverso inquadramento “a monte” dell'istituto porta con sé differenti conseguenze pratiche “a valle”.

---

<sup>6</sup> Cfr. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 225.

<sup>7</sup> Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, 1915, rist. Giuffrè, Milano, 1992, 18 ss.

<sup>8</sup> Cfr. ANDRIOLI, cit., 274 ss.

<sup>9</sup> Cfr. CARRATTA, cit., 262 ss., 328 ss.



### 1.1. *Principio dispositivo*

Una parte della dottrina ritiene che il principio di non contestazione sia “il riflesso del carattere disponibile delle situazioni sostanziali dedotte in lite”<sup>(10)</sup>.

L’impianto argomentativo prende le mosse dal principio della domanda, il quale costituisce “l’imprescindibile correlato del carattere disponibile della situazione sostanziale dedotta nel processo”<sup>(11)</sup>.

Questa relazione tra principio dispositivo in senso sostanziale e principio della domanda - aggiunge Giovanni Verde<sup>(12)</sup> - non si ridurrebbe all’atto di iniziativa processuale, come aveva affermato il Carnacini<sup>(13)</sup>, ma si estenderebbe altresì alla delimitazione del *thema decidendum*.

Su questo sfondo si innesterebbe la regola della non contestazione, in virtù della quale sono bisognosi di prova solamente i fatti controversi della causa: “nella misura in cui le parti hanno un potere monopolistico nel determinare l’ambito del materiale di fatto su cui deve ricadere la lite, nella stessa misura deve essere loro riconosciuto il potere di escludere la necessità di

---

<sup>10</sup> VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 225.

<sup>11</sup> VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 220, il quale mette in evidenza come l’ampia e persuasiva dimostrazione dell’assunto risalga al saggio di CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Giuffrè, Milano, 1951, 695 ss., in particolare 740 ss.

<sup>12</sup> VERDE, *Norme inderogabili*, cit., 221 ss.

<sup>13</sup> Cfr. CARNACINI, cit., 741 ss.

indagini dirette ad accertare il fatto ponendolo fuori della controversia” (14).

Di qui la definizione della non contestazione come “proiezione dinamica del potere monopolistico delle parti di fissare il tema della lite” (15).

Questa tesi è stata sostenuta dalla Corte di cassazione, in una sentenza a Sezioni Unite del 2002 (16).

La Suprema Corte, in quella sede, accolse l'impostazione teorica secondo cui il principio di non contestazione deriverebbe dal nostro sistema processuale e dal dominio, al suo interno, del principio dispositivo (17).

## 1.2. *Comportamento processuale*

Un secondo orientamento inquadra la non contestazione tra i comportamenti processualmente valutabili (18).

---

<sup>14</sup> VERDE, *Norme inderogabili*, cit., 224.

<sup>15</sup> VERDE, *Norme inderogabili*, cit., 224.

<sup>16</sup> Il riferimento è a Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019 ss., con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*.

<sup>17</sup> Ad avviso della Suprema Corte, “in presenza di situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dal requisito della disponibilità, assoluta o relativa, il processo si atteggia secondo il principio 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 medesima. 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, come potere delle parti di determinare l'oggetto della lite”.

<sup>18</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 275; MICHELI, *L'onere della prova*, 1942, rist. Cedam, Padova, 1966, 151 ss.; VALLEBONA, *Allegazione e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, 77 ss.; DEL CORE, *Il*

Secondo Virgilio Andrioli, “la proposizione, in virtù della quale i fatti non contestati non debbono essere provati, non ha in sé nulla d’ineluttabile ma s’inserisce nel libero apprezzamento del comportamento della parte” (<sup>19</sup>).

Il fatto non contestato, secondo questa ricostruzione, rientrerebbe tra i comportamenti non vincolanti per il giudice, ma apprezzabili liberamente come semplici argomenti di prova, ai fini del giudizio sulla sussistenza del fatto di cui trattasi.

### 1.3. *Principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti*

Secondo un terzo indirizzo, il comportamento non contestativo rappresenta uno dei modi “attraverso cui il legislatore ha cercato di accorciare i tempi per la soluzione della controversia, dando il dovuto rilievo all’autoresponsabilità delle parti” (<sup>20</sup>).

La parte, da questa prospettiva, “nel momento in cui decide di partecipare al giudizio, ha l’incombente o onere di indicare i fatti

---

*principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 113; CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, cit., 164 ss. Questa opinione si era affermata già durante la vigenza del codice di procedura civile del 1865: cfr. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Cedam, Padova, 1940, 69 ss.; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Vallardi, Milano, 1905, 541. Essa ha poi trovato un fondamentale addentellato normativo nell’odierno art. 116, comma 2, c.p.c. Da segnalare che, secondo CIPRIANI, *Lodovico Mortara e il silenzio delle parti*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 223 ss., il pensiero di Mortara spesso viene frainteso, atteso che egli, “al pari di tutta la dottrina del tempo, non dubitava che il silenzio non implicasse alcuna ammissione”. Per un’analisi delle opinioni dottrinali intorno alla valutazione della non contestazione nella dottrina formatasi sotto l’impero del codice del 1865 si veda CARRATTA, *Il principio*, cit., 118 ss.

<sup>19</sup> ANDRIOLI, *Prova*, cit., 274 ss.

<sup>20</sup> Cfr. CARRATTA, cit., 12, 330 ss. Sul concetto di “autoresponsabilità” si veda PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 452 ss.

a sé favorevoli se vuole rafforzare l'”aspettativa” di riuscire vincitrice nel processo in corso (...). Omettendo l'attività di allegazione di fatti a sé favorevoli, la parte non necessariamente rinuncia alla sua posizione sostanziale. Essa rinuncia soltanto a coltivare le possibilità che il sistema processuale le offre per corroborare l'”aspettativa” di vittoria della lite” (21).

La non contestazione, da questa prospettiva, viene considerata come un “istituto di esclusiva pertinenza processuale che ha come unico scopo l'accelerazione del giudizio attraverso la riduzione dei fatti bisognosi di prova” (22).

Tutto ciò per motivi di economia processuale (23), giacché sarebbe inutile l'istruttoria relativa ad un fatto pacifico tra le parti (24).

## 2. I limiti oggettivi

Ci si deve chiedere, ora, quale sia il perimetro applicativo del principio di non contestazione: in particolare, con riferimento alla

---

<sup>21</sup> CARRATTA, cit. 274.

<sup>22</sup> CARRATTA, cit., 264.

<sup>23</sup> In giurisprudenza si veda Cass., Sez. III, 4 aprile 2013 n. 8213.

<sup>24</sup> Osserva TEDOLDI, cit., 77, che “si potrà anche censurare codesta forma “negoziata” di accertamento della verità in materia di diritti disponibili; resta però il fatto che ai sistemi giuridici interessa, anzitutto e fondamentalmente, salvaguardare la pace sociale, ché la lite tra privati deve concludersi si nel miglior modo, cioè attribuendo la situazione soggettiva sostanziale se e a chi effettivamente essa spetti, ma anche nel minor tempo, senza indugiare in accertamenti della verità fini a sé stessi e non funzionali allo scopo precipuo d'ogni ordinamento che imponga il divieto di autotutela: *interest rei publicae ut sit finis litium*. È dunque del tutto naturale che si ricorra a metodi di semplificazione della decisione nelle controversie *iure privatorum* attraverso meccanismi di vario genere, costituenti fenotipi del principio di non contestazione”.

distinzione tra fatto e diritto (par. 2.1), alla disponibilità della situazione giuridica soggettiva (par. 2.2), ai fatti principali e secondari (par. 2.3), ai fatti fondanti questioni processuali (par. 2.4), ai casi di prova scritta *ad substantiam* e *ad probationem* (par. 2.5).

### 2.1. *La distinzione tra fatto e diritto*

È pacifico che, per avere rilevanza, la non contestazione deve riguardare i fatti da accertare nel processo, non già la determinazione della loro dimensione giuridica <sup>(25)</sup>.

Questa asserzione si basa sugli artt. 101, comma 2, Cost. e 113 c.p.c., e rappresenta un corollario del principio *jura novit curia*.

Da ciò consegue che, qualunque sia l'inquadramento teorico del principio di non contestazione, esso riguarda la *quaestio facti*, e non può mai incidere sulla *quaestio juris*.

### 2.2. *La disponibilità della situazione giuridica soggettiva*

Un'altra linea di confine che tradizionalmente si traccia nei confronti del principio di non contestazione riguarda i giudizi aventi ad oggetto diritti indisponibili.

Al riguardo, secondo l'indirizzo che fa perno sul principio dispositivo, il principio di non contestazione si applica solo in

---

<sup>25</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761, cit., secondo cui la non contestazione “se concerne l'interpretazione data alla disciplina legale o contrattuale della quantificazione, essa si colloca in un ambito di sostanziale irrilevanza, appartenendo al potere-dovere del giudice la cognizione di tale disciplina, che non può, dunque, risultare condizionata dalle prospettazioni difensive e dai comportamenti processuali delle parti”.

presenza di situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dal requisito della disponibilità (par. 1.1) <sup>(26)</sup>.

Se, per contro, la non contestazione si inquadra tra i comportamenti processualmente rilevanti (par. 1.2), allora non è necessario limitare il raggio d'azione alle sole controversie relative a diritti disponibili <sup>(27)</sup>.

Alle stesse conclusioni si perviene inquadrando il principio di non contestazione nel principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti (par. 1.3) <sup>(28)</sup>.

### *2.3. Fatti principali e fatti secondari*

In giurisprudenza si è soliti distinguere tra i fatti costitutivi del diritto (c.d. fatti principali) e le circostanze dedotte al solo fine di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi (c.d. fatti secondari).

Secondo l'orientamento che poggia sul principio dispositivo:  
a) la non contestazione dei fatti principali costituirebbe una “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”; la non contestazione dei fatti secondari, invece, “si è fuori del dominio esclusivo dell'autonomia delle parti ed è pur sempre necessario

---

<sup>26</sup> Cfr. DE VITA, cit., 856.

<sup>27</sup> Cfr. DE VITA, cit., 856.

<sup>28</sup> Cfr. DE VITA, cit., 856.

un controllo probatorio, ai fini del quale il comportamento tenuto dalle parti può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova *ex art. 116, comma 2, c.p.c.*, non per escludere che, in ordine all'esistenza di quella circostanza egli debba formarsi un convincimento" (<sup>29</sup>).

È stato anzitutto obiettato che, a rigore, la delimitazione dell'ambito di operatività del principio ai soli "fatti costitutivi del diritto", sul presupposto che gli stessi concorrano alla funzione di determinare l'oggetto del processo rispetto alla quale opera il principio dispositivo, "si sarebbe dovuta intendere come ulteriormente delimitata ai soli fatti costitutivi di diritti eterodeterminati" (<sup>30</sup>).

Inoltre, si è rilevato che se si collocano sullo stesso piano i fatti principali e quelli secondari, riconducendosi ambedue le categorie nell'ambito del potere dispositivo delle parti (<sup>31</sup>), allora "non sembra necessario, anzi sarebbe contraddittorio, attribuire diversa natura, efficacia e regime alla mancata contestazione delle due diverse categorie di circostanze" (<sup>32</sup>).

Va da sé che, riportando il principio di non contestazione nell'alveo processuale-probatorio, cade il discrimine tra fatti principali e fatti secondari, "dovendosi semplicemente attribuire

---

<sup>29</sup> Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761, cit. Per la distinzione tra "attività assertiva" e "attività asseverativa" si rinvia a VERDE, *Profili del processo civile*, I, Jovene, Napoli, 1999, 100 ss.

<sup>30</sup> RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corr. giur.*, 2010, 1244.

<sup>31</sup> Secondo l'impostazione teorica di CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 23.

<sup>32</sup> DE VITA, cit., 857.

al fatto non contestato, principale o secondario che sia, il diverso grado di asseverazione (prova libera o argomento di prova) che si riconosce in generale ai fatti non contestati”<sup>(33)</sup>.

A conclusioni analoghe si giunge inquadrando la non contestazione nel principio di preclusione e di economia processuale<sup>(34)</sup>.

#### *2.4. Fatti fondanti questioni processuali*

Non sembra necessario, qualunque sia l'inquadramento teorico del principio di non contestazione, distinguere tra fatti che assumono rilevanza sostanziale e fatti riferibili a questioni meramente processuali.

Occorre precisare, peraltro, che il principio non riguarda le questioni processuali in sé, ma opera in relazione ai fatti che le fondano: “come per i fatti a rilevanza sostanziale, anche per quelli a rilevanza meramente processuale l'onere di contestazione e l'operatività del relativo principio sorgono solo ove siano stati effettivamente ed espressamente allegati e non quando vengono dedotti implicitamente”<sup>(35)</sup>.

---

<sup>33</sup> DE VITA, cit., 857.

<sup>34</sup> Cfr. CARRATTA, cit., 331 ss.

<sup>35</sup> DE VITA, cit., 858.



### 2.5. *Prova scritta ad substantiam e ad probationem*

Tra i limiti oggettivi, deve essere verificato se la non contestazione possa avere ad oggetto fatti che devono essere provati per iscritto *ad substantiam e ad probationem*.

Se si rintracciano le radici del principio di non contestazione nel principio dispositivo in senso sostanziale, allora si può ritenere che la non contestazione possa escludere la necessità di una prova scritta *ad probationem* <sup>(36)</sup>, ma non anche quella *ad substantiam*, la cui mancanza è sanzionata dal legislatore con la nullità dell'atto.

Alle stesse conclusioni si approda inquadrando il principio di non contestazione nel principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti.

Considerando invece la non contestazione come un comportamento processualmente valutabile, allora appare evidente che per mezzo di essa non si possa superare né la necessità della prova scritta *ad substantiam* che *ad probationem* <sup>(37)</sup>.

### 3. *I limiti soggettivi nei processi con pluralità di parti*

È opportuno domandarsi, in secondo luogo, su quali parti gravi l'onere di contestazione (par. 3.1) e quali effetti abbia il principio di non contestazione nei processi con pluralità di parti (par. 3.2).

---

<sup>36</sup> La necessità della prova sarebbe esclusa dalla strategia difensiva: cfr. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 616 nota 236.

<sup>37</sup> Cfr. DE VITA, cit., 858 ss.

### 3.1. *La reciprocità*

Nel caso in cui l'attore ponga in essere un comportamento non contestativo sui fatti nuovi dedotti dal convenuto, è stato rilevato che l'onere di contestazione non possa considerarsi "unilaterale", ma "reciproco e multidirezionale", in quanto - per il corretto sviluppo della dialettica processuale - l'allegazione di un fatto innesca sempre un meccanismo che impone la sua contestazione<sup>(38)</sup>.

Con maggiore impegno esplicativo, potremmo dire che l'onere di contestazione "non grava esclusivamente sul convenuto, ma anche sull'attore e su qualsiasi interventore, spontaneo o coatto, e riguarda qualsiasi fatto, quelli posti dall'attore a fondamento della domanda principale, ma anche quelli a loro volta costitutivi di una domanda riconvenzionale da chiunque proposta ed i fatti modificativi, impeditivi o estintivi da qualunque parte allegati e posti a fondamento di un'eccezione"<sup>(39)</sup>.

Con la novella dell'art. 115 c.p.c. e con l'introduzione dell'art. 64, comma 2, c.p.a., l'estensione dell'onere a tutte le parti costituite appare un dato indiscutibile: le suddette disposizioni non fanno riferimento ad una parte specifica, bensì danno rilievo alla non contestazione di una qualsiasi di esse.

---

<sup>38</sup> Cfr. DE VITA, cit., 853; CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 205.

<sup>39</sup> DE VITA, cit., 853.

Pertanto, la reciprocità e multidirezionalità dell'onere di contestazione costituiscono ormai un dato acquisito per il processo civile ed amministrativo (<sup>40</sup>).

### 3.2. *La non contestazione nei processi con pluralità di parti*

Nei processi con pluralità di parti si pone la questione se la contestazione di alcune parti sia sufficiente o meno ad evitare gli effetti della non contestazione, anche per quelle che non hanno contestato.

Se il principio di non contestazione si inquadra nel principio dispositivo in senso sostanziale, allora sorge il problema del contrasto tra la volontà di chi vuole contestare e chi non vuole contestare il fatto.

Premesso che un medesimo fatto, nello stesso processo, non può essere ritenuto - dal giudice - vero per alcune parti e, nello stesso tempo, falso per altre (<sup>41</sup>), si potrebbe concludere, alternativamente, che: a) basti la contestazione di una sola delle parti cui il fatto è comune per evitare che il fatto non sia bisognoso di prova; b) all'opposto, si riconosce l'efficacia della non contestazione anche nei confronti delle parti che hanno contestato.

---

<sup>40</sup> Cfr. DE VITA, cit., 853.

<sup>41</sup> Cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, 1923, rist. Jovene, Napoli, 1980, 1089.

Sono soluzioni che, come è stato osservato, comportano una indebita estensione degli effetti della volontà di alcune parti nei confronti di altre <sup>(42)</sup>.

Considerando la non contestazione come un comportamento processualmente rilevante, invece, gli effetti della mancata contestazione potranno essere considerati discrezionalmente dal giudice anche quando il fatto è stato contestato da alcune soltanto delle parti contro le quali è allegato <sup>(43)</sup>.

Il problema si risolve agilmente nel caso in cui il principio di non contestazione venga inquadrato nel principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti: in questo caso, è pacifico che la non contestazione tempestiva di una delle parti sia sufficiente per evitare l'applicazione del principio di non contestazione.

#### *4. L'individuazione dei comportamenti integranti la non contestazione*

Il legislatore, pur prevedendo la rilevanza del comportamento non contestativo, non individua specificamente ed in via generale i comportamenti della parte ai quali conseguono gli effetti della mancata contestazione.

Si pone, dunque, il problema di definire quali comportamenti integrino la non contestazione; quale sia, quindi, la soglia difensiva entro o oltre la quale i fatti allegati siano o meno da considerare come non contestati.

---

<sup>42</sup> Cfr. DE VITA, cit., 854.

<sup>43</sup> Cfr. DE VITA, cit., 854.

Nel proseguo dell'analisi si analizzerà, nell'ordine, l'ammissione esplicita e l'espressa dichiarazione di non contestare il fatto (par. 4.1), l'ammissione implicita (par. 4.2), la contestazione del solo *an* o del solo *quantum* (par. 4.3), il silenzio (par. 4.4), la contestazione generica (par. 4.5), l'assenza (par. 4.6), la contumacia (par. 4.7) e la dichiarazione di non conoscere il fatto (4.8).

#### 4.1. *Ammissione esplicita ed espressa dichiarazione di non contestare il fatto*

Appare anzitutto ovvio che l'ammissione e l'espressa dichiarazione di non contestare il fatto pongano in essere un comportamento non contestativo.

Deve osservarsi, peraltro, che se si inquadra la non contestazione nell'ambito del principio dispositivo, “solo quando questi comportamenti processuali sono direttamente imputabili alla parte personalmente, piuttosto che provenire esclusivamente dal suo difensore, integrano una fattispecie dispositiva”<sup>(44)</sup>.

Ricollegando il principio di non contestazione al comportamento processualmente valutabile o al principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti, invece, tale difficoltà non sussiste.

---

<sup>44</sup> Cfr. DE VITA, cit., 859.

#### 4.2. *Ammissione implicita*

Anche l'ammissione implicita, ossia l'impostazione della difesa su argomenti logicamente incompatibili con la volontà di contestare, rientra pacificamente tra i comportamenti non contestativi (<sup>45</sup>).

#### 4.3. *Contestazione del solo an o del solo quantum*

Un'altra questione giuridica che si pone concerne il fatto se la contestazione del solo *an* contenga in sé anche la contestazione tacita del *quantum* non specificamente contestato; e, viceversa, se dalla contestazione del solo *quantum* possa dedursi *ex se* la pacifictà dell'esistenza del diritto.

Per quanto riguarda la prima questione, in giurisprudenza si è affermato che la contestazione dell'*an* rende superflua quella concernente il *quantum* solo quando si contestino specificamente i fatti che fondano la quantificazione del credito (<sup>46</sup>).

---

<sup>45</sup> Cfr. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 41; DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 119 ss.; CARRATTA, cit., 200 ss.; ANDRIOLI, *Prova*, cit., 274 ss.

<sup>46</sup> Secondo Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761, cit., "se le contestazioni sui fatti costitutivi del diritto in contesa implicano anche quelle dei fatti allegati ai fini della quantificazione della pretesa è questione non suscettibile di una risposta astratta in un senso o nell'altro, ma da risolvere caso per caso in base al criterio per cui questa seconda categoria di fatti non è investita dalla contestazione sull'*an*, quante volte si tratti di fatti non incompatibili con la denegata sussistenza del credito. In questi casi, la contestazione sull'*an* non preclude l'applicabilità della regola che impone al convenuto di prendere posizione sui fatti allegati *ex adverso*, con la conseguenza che il comportamento omissivo si connota di idoneità ad essere apprezzato dal giudice ai fini dell'identificazione dell'oggetto della lite o del tema probatorio".

Tale soluzione appare compatibile con tutti i diversi inquadramenti teorici del principio di non contestazione.

La soluzione del caso opposto, in cui la parte non contesta l'*an* ma sollevi contestazioni sul *quantum*, dipende invece dal valore che si attribuisce al silenzio (par. 4.4).

#### 4.4. *Il silenzio sui fatti allegati*

Prima della riforma dell'art. 115 c.p.c., la dottrina prevalente<sup>(47)</sup> riteneva che il silenzio non integrasse gli estremi della non contestazione, potendo costituire al massimo un comportamento rilevante sotto il profilo della correttezza processuale valutabile *ex art. 116, comma 2, c.p.c.*

La novella legislativa ha messo fuori gioco questo orientamento, prescrivendo la contestazione specifica di ogni allegazione.

Tuttavia, come rilevato per l'ammissione esplicita ed espressa dichiarazione di non contestare il fatto (par. 4.1), dal momento che non è possibile qualificare il silenzio "come un'espressione di volontà, da esso non possono derivare gli effetti di una non contestazione dispositiva, soprattutto ove si consideri che il

---

<sup>47</sup> Cfr. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione*, I, cit., 159 ss.; BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Jovene, Napoli, 1994, 125; MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1991, 68; ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, 385 ss.; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Cedam, Padova, 1991, 67 ss.

silenzio è normalmente imputabile al solo difensore e non anche direttamente alla parte, titolare della situazione azionata”<sup>(48)</sup>.

*Nulla quaestio*, invece, se si opta per il comportamento processualmente valutabile o per il principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti.

#### 4.5. *La contestazione generica*

Così come per il silenzio, la dottrina maggioritaria<sup>(49)</sup>, prima della riforma dell’art. 115 c.p.c., riteneva che anche la contestazione generica non integrasse gli estremi della non contestazione, potendo nella peggiore delle ipotesi costituire un argomento di prova *ex art.* 116, comma 2, c.p.c.

A seguito della novella legislativa, l’onere di contestazione specifica esclude che sia sufficiente una contestazione generica, ad esempio con clausole “di stile”, per evitare gli effetti della mancata contestazione.

È stato osservato che la contestazione generica non può avere natura ed effetti dispositivoi<sup>(50)</sup>.

*Nulla quaestio*, invece, se si opta per il comportamento processualmente valutabile o per il principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti.

---

<sup>48</sup> DE VITA, cit., 861.

<sup>49</sup> Cfr. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione*, I, cit., 159 ss.; BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, cit., 125; MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, cit., 1991, 68; ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, cit., 385 ss.; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 67 ss.

<sup>50</sup> Cfr. DE VITA, cit., 861.



#### 4.6. *La contumacia*

L'orientamento assolutamente prevalente, in dottrina <sup>(51)</sup> e in giurisprudenza <sup>(52)</sup>, considera la contumacia come un comportamento neutro, a cui non può attribuirsi valenza confessoria o comunque non contestativa: in tal modo, il convenuto costituito si trova in una posizione peggiore rispetto a quello rimasto contumace <sup>(53)</sup>.

L'assunto è stato confermato prima dalla Corte costituzionale <sup>(54)</sup>, poi dai nuovi artt. 115 c.p.c. e 64, comma 2, c.p.a., i quali fanno riferimento alle parti costituite.

##### 4.6.1. *La breve esperienza del rito societario*

L'art. 13, comma 2, d.lgs. 5/2003, istitutivo del rito societario (ora abrogato), stabiliva che se il convenuto non notificava la comparsa di risposta o lo faceva tardivamente, i fatti affermati dall'attore dovevano reputarsi non contestati.

La disposizione in esame è poi caduta sotto la scure della Corte costituzionale, non solo per eccesso di delega, ma anche perché “detta una regola del processo contumaciale in

---

<sup>51</sup> Cfr. ANDRIOLI, *Prova*, cit., 275; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 115.

<sup>52</sup> Si veda, da ultimo, Cass., Sez. III, 13 giugno 2013 n. 14860.

<sup>53</sup> Secondo BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di “prendere posizione” in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1520 ss., questa è “una conseguenza paradossale, che peraltro non appare conforme agli artt. 3 e 24 Cost., dando luogo a una disparità di trattamento proprio in danno della parte che, costituendosi in giudizio, ha comunque deciso di difendersi”.

<sup>54</sup> Corte cost., 12 ottobre 2007 n. 340, su cui MONTELEONE, *Il processo societario innanzi alla Corte costituzionale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, 169 ss.

contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita” (<sup>55</sup>).

Nel nostro ordinamento, ad avviso della Corte costituzionale, non è consentito desumere dal comportamento omissivo di una parte - e, segnatamente, dalla sua contumacia - il fatto, assolutamente non paragonabile, dell’ammissione implicita delle avverse allegazioni.

In dottrina si è sottolineato che “se in un modello processuale esiste un termine di preclusione entro il quale, a pena di decadenza, deve essere rispettato l’onere di contestare i fatti allegati dalla controparte, è irrilevante che il mancato rispetto di quest’onere provenga dalla parte costituita o dalla parte contumace, perché la scadenza del relativo termine impedisce comunque che nel prosieguo l’attività venga legittimamente svolta dalla parte che di essa era onerata e ne è decaduta” (<sup>56</sup>).

In altre parole, nei modelli processuali nei quali sussiste un onere di contestazione entro un termine di preclusione, ritenere che la contumacia resti comunque neutrale significa riconoscere una strada per aggirare il rispetto di quest’onere: soprattutto il convenuto, che non abbia validi motivi di contestazione specifica dei fatti costitutivi della domanda, sarebbe stimolato a non costituirsi, così impedendo il venir meno, per l’attore, dell’onere della prova di queste circostanze.

---

<sup>55</sup> Corte cost., 12 ottobre 2007 n. 340, cit.

<sup>56</sup> DE VITA, cit., 863.

Indubbiamente quanto appena sostenuto contrasta con la consolidata tradizione interpretativa del nostro diritto vivente.

Peraltro, è stato rilevato che una tale lettura garantirebbe un maggiore rispetto del principio di ragionevole durata del processo (<sup>57</sup>).

#### 4.7. *La dichiarazione di non conoscere il fatto*

Nel caso di dichiarazione di non conoscere il fatto, a nostro avviso il fatto - alla luce del principio della disponibilità della prova - rimane bisognoso di prova (<sup>58</sup>), permanendo il relativo onere in capo alla parte che ha allegato il fatto stesso (<sup>59</sup>).

Come insegna Michele Taruffo, “se si tratta di fatti che il convenuto non conosce, è impossibile configurare a suo sfavore un onere di contestazione specifica” (<sup>60</sup>).

#### 5. *Criteri di determinazione della soglia di sufficienza*

La soglia di sufficienza della contestazione dipende dal grado di precisione dell'allegazione.

Come osservato dalla dottrina più recente, “la necessaria specularità degli oneri attiene, oltre che all'*an* dell'onere di contestazione, anche alle modalità, alla soglia minima di sufficienza, alla quantificazione della contestazione necessaria per evitare gli effetti della sua mancanza. In altre parole l'onere

---

<sup>57</sup> Cfr. DE VITA, cit., 863 ss.

<sup>58</sup> In giurisprudenza si veda Cass., Sez. III, 13 febbraio 2013, n. 3576.

<sup>59</sup> Cfr. DE VITA, cit., 862.

<sup>60</sup> TARUFFO, *Art. 115*, cit., 487.

di contestazione sussiste solo se il fatto rilevante è stato effettivamente allegato e la misura della contestazione necessaria e sufficiente dipende dalla misura dell'allegazione del fatto da contestare” (61).

#### *6. Limiti di revocabilità*

È necessario appurare se la contestazione del fatto allegato dall'avversario possa essere svolta in qualsiasi stato e grado del giudizio, ovvero se sia individuabile un termine oltre il quale la mancata contestazione diventi irrevocabile.

La risoluzione di tale questione giuridica dipende esclusivamente dalla disciplina positiva di ogni processo, e non è influenzata dal diverso inquadramento teorico del principio di non contestazione (62).

#### *7. Gli effetti della non contestazione*

Resta da esaminare il risvolto più rilevante del principio di non contestazione, vale a dire la determinazione degli effetti della mancata contestazione, o meglio “la sua incidenza sulla discrezionalità del giudice nel valutare la verità o meno dei fatti rilevanti ai fini della decisione” (63).

Se il principio di non contestazione viene messo in relazione con il principio dispositivo, allora le parti - tramite la non

---

<sup>61</sup> DE VITA, cit., 862.

<sup>62</sup> Cfr. DE VITA, cit., 848.

<sup>63</sup> DE VITA, cit., 865.

contestazione - possono vincolare il giudice ad assumere in sentenza i fatti così come sono stati allegati.

Nello specifico, la non contestazione assume un diverso significato a seconda se si tratti di fatti principali ovvero fatti secondari: a) se si tratta di fatti principali, la non contestazione comporta la disposizione del rapporto giuridico controverso; b) se si tratta di fatti secondari, essi - in mancanza di contestazione - possono essere valutati *ex art. 116, comma 2, c.p.c.* (<sup>64</sup>).

Se, invece, la non contestazione viene fatta rientrare tra i comportamenti processualmente valutabili, essa assume una rilevanza probatoria soltanto minima e residuale. Essa, infatti, troverebbe il proprio addentellato normativo nell'art. 116, comma 2, c.p.c.

In questo caso, la circostanza non può essere considerata come vera solo perché non è stata contestata. Il giudice, ai fini della decisione, può solo utilizzare la non contestazione a suffragio di mezzi di prova piena, ma la parte che ha allegato il fatto resta onerata della sua prova (<sup>65</sup>).

---

<sup>64</sup> Al riguardo, non possono non richiamarsi le affermazioni di Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761, cit., secondo cui “quando la mancata contestazione ha ad oggetto fatti principali costitutivi di diritti disponibili, il giudice, senza alcuna discrezionalità, deve ritenere come veri i fatti non contestati, mentre i fatti secondari, se non contestati, possono essere valutati come argomenti di prova. L’attribuzione di tale tipo di efficacia è la conseguenza della natura dispositiva che si ascrive alla mancata contestazione dei fatti principali e di quella strettamente probatoria che si imputa a quella dei fatti secondari”.

<sup>65</sup> Cfr. DE VITA, cit., 865, secondo cui “l’attività asseverativa rimane ancora aperta”.

Se, infine, il principio di non contestazione viene ricollegato al principio di preclusione e di autoresponsabilità delle parti, allora la non contestazione comporta una *relevatio ab onere probandi* in capo a chi ha allegato il fatto non contestato, con la precisazione che “il fatto non contestato potrà essere ritenuto certo ed assunto in sentenza soltanto se il giudice, in sede di valutazione finale, avrà la convinzione che il fatto è vero”<sup>(66)</sup>.

Secondo Costanzo Cea, “proprio perché la non contestazione genera soltanto una presunzione di verità, ciò significa che essa comporta sicuramente una *relevatio ab onere probandi* della parte che ha allegato il fatto non contestato, nonché impossibilità per il giudice di applicare la regola formale di giudizio *ex art. 2697 c.c.* rispetto a quel fatto, ma non altro; sicuramente la non contestazione non comporta alcun vincolo per il giudice di ritenere che quel fatto sia comunque esistente anche in presenza di elementi processuali che inducano alla valutazione contraria”<sup>(67)</sup>.

In giurisprudenza, a tal proposito, si è affermato che la non contestazione non impedisce al giudice di acquisire egualmente la prova del fatto non contestato<sup>(68)</sup>.

---

<sup>66</sup> CARRATTA, cit., 266. Al riguardo, si vedano anche le preoccupazioni espresse da TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. n. 3/2008, 98, secondo cui “il fatto non contestato potrà essere considerato come vero, e quindi posto a base della decisione, solo quando il giudice abbia maturato il convincimento della verità dell’enunciato che lo descrive. Tutto ciò equivale a dire che la non contestazione dell’allegazione di un fatto non ha in sé alcun effetto vincolante, né per le parti né per il giudice”.

<sup>67</sup> CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, cit., 203.

<sup>68</sup> Si veda Cass., Sez. III, 13 marzo 2012 n. 3951.

Una siffatta ricostruzione, oltre ad evitare il possibile conflitto tra il principio di economia processuale e il principio del giusto processo, comporta che i fatti non contestati abbiano lo stesso valore delle prove fornite dalle parti, e che sulla base di entrambi il giudice prenderà una decisione “secondo il suo prudente apprezzamento” *ex art. 116, comma 1, c.p.c.* <sup>(69)</sup>.

#### 8. *Il processo amministrativo*

I risultati dell’indagine consentono ora di calare il principio di non contestazione all’interno del processo amministrativo <sup>(70)</sup>.

In linea di primo approccio, è possibile anticipare sin d’ora che la codificazione del principio di non contestazione rivela - come è stato acutamente osservato in dottrina - “una tendenza del legislatore a soggettivizzare non semplicemente il momento dell’allegazione, ma, più in profondità, lo stesso principio di trattazione, che si vuole per tradizione legato al c.d. metodo acquisitivo” <sup>(71)</sup>.

---

<sup>69</sup> Cfr. CEA, *La modifica dell’art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere della non contestazione*, cit., 273, secondo cui “la non contestazione, in quanto tecnica processuale semplificatrice, si risolve in buona sostanza in una presunzione di verità, che però non può prevalere sulla verità effettuale tutte le volte che le emergenze processuali consentano di accertarla. Se così non fosse, saremmo in presenza di una palese lesione dei principi del giusto processo, dovendosi ravvisare violazione di tale valore anche quando è ostacolato il raggiungimento di una decisione frutto della ricostruzione veritiera dei fatti allegati”.

<sup>70</sup> Cfr. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1012 ss.; 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.

<sup>71</sup> TROPEA, cit., 1146.

### 8.1. *Inquadramento teorico*

Appare anzitutto da scartare la tesi che ricollega il principio di non contestazione al principio dispositivo in senso sostanziale.

Come ha osservato Antonio Carratta, “una cosa è il potere delle parti di disporre del proprio diritto come meglio credono, altra cosa escludere alcuni fatti di causa dalla massa dei fatti bisognosi di prova e vincolare il giudice ad assumerli in sentenza in deroga alle regole sulla ripartizione degli oneri probatori soggettivi, così come avviene per effetto del principio di non contestazione”<sup>(72)</sup>.

Superato dall’evoluzione del diritto positivo risulta essere anche l’orientamento che fa perno sull’art. 116, comma 2, c.p.c.

Premesso che tale indirizzo non tiene in adeguata considerazione i poteri di cui le parti dispongono all’interno del processo nella delimitazione del *thema probandum*, la valutazione del fatto non contestato come mero argomento di prova si scontra con il tenore letterale degli artt. 115 c.p.c. e 64, comma 2, c.p.a., da cui dovrebbe ricavarsi che il fatto non contestato costituisce un nuovo *genus* di prova piena liberamente valutabile dal giudice.

Alla luce di quanto esposto, appare preferibile leggere la non contestazione sotto il prisma del principio di preclusione e di economia processuale<sup>(73)</sup>, in particolare come “un atto di non

---

<sup>72</sup> CARRATTA, cit., 329.

<sup>73</sup> Secondo CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, cit., 202, “l’economia processuale si realizza con l’espunzione dei fatti non controversi



allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall'avversario, atto che acquista rilevanza processuale per effetto dell'autoresponsabilità che governa l'attività e la non attività delle parti nel processo" (74).

## 8.2. I limiti oggettivi

Da un siffatto inquadramento discende che, anzitutto, la non contestazione riguarda la questione di fatto e non la questione giuridica: essa, dunque, non può mai incidere sull'interpretazione delle norme di diritto.

In secondo luogo, il principio di non contestazione si applica in qualsiasi tipo di controversie, non essendo necessario limitarne il raggio di azione alle sole alle sole controversie relative a diritti disponibili (75).

Per quanto concerne la dicotomia tra fatti principali e fatti secondari, inquadrando il principio di non contestazione nel principio di preclusione e di economia processuale cade ogni

---

dal *thema probandum* e con l'eliminazione, rispetto ad essi, della fase di accertamento probatorio".

<sup>74</sup> CARRATTA, cit., 330. Su questa linea, per quanto riguarda il processo amministrativo, cfr. SCOCA, Art. 64, in QUARANTA-LOPILATO, *Il processo amministrativo. Commentario al D. Lgs. 104/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, 550, secondo cui "il principio di non contestazione risponde all'esigenza di semplificazione del processo, evitando il compimento di attività istruttorie inutili".

<sup>75</sup> Cfr. DE VITA, cit., 856, secondo cui "la peculiare qualità della situazione sostanziale oggetto del processo non può impedire - e non ha mai impedito - al legislatore di scandire il relativo giudizio con termini di preclusione, volti a disciplinare la distribuzione delle attività processuali delle parti e del giudice ed a evitare un fluviale e disorganico andamento dell'attività processuale".

ragione del distinguere, dovendosi attribuire al comportamento non contestativo il valore di *relevatio ab onere probandi* (<sup>76</sup>).

Inoltre, non sembra necessario neanche distinguere tra fatti che assumono rilevanza sostanziale e fatti riferibili a questioni meramente processuali, puntualizzando che il principio non riguarda le questioni processuali in sé, ma opera in relazione ai fatti che le fondano (<sup>77</sup>).

### 8.3. I limiti soggettivi

Nel processo amministrativo, come è noto, si contrappongono, da un lato, il ricorrente (ed eventuali cointeressati), dall'altro la p.a.. resistente ed i controinteressati (<sup>78</sup>).

Dalla formulazione dell'art. 64, comma 2, c.p.a. si ricava che l'onere di contestazione, come già segnalato nel par. 3.1, non possa considerarsi “unilaterale”, ma “reciproco e multidirezionale”, con la conseguenza che l'allegazione di un fatto innesca sempre un meccanismo che impone la sua contestazione.

Da ciò discende che l'onere di contestazione non grava esclusivamente sulla P.A. resistente e sui controinteressati, rispetto alle allegazioni del ricorrente, ma anche sul ricorrente e

---

<sup>76</sup> Cfr. CARRATTA, *Il principio*, cit., 330 ss.

<sup>77</sup> Cfr. DE VITA, cit., 858, secondo cui “come per i fatti a rilevanza sostanziale, anche per quelli a rilevanza meramente processuale l'onere di contestazione e l'operatività del relativo principio sorgono solo ove siano stati effettivamente ed espressamente allegati e non quando vengono dedotti implicitamente”.

<sup>78</sup> Cfr. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013, 866 ss.; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, 230 ss.

su qualsiasi interventore (<sup>79</sup>) rispetto ai fatti costitutivi posti alla base di un ricorso incidentale e, nelle controversie demandate alla giurisdizione esclusiva, sui fatti costitutivi posti alla base di eccezioni e domande riconvenzionali.

Per quanto riguarda il problema se la contestazione di alcune parti sia sufficiente o meno per evitare gli effetti della non contestazione, la collocazione del principio di non contestazione nell'ambito del principio di preclusione e di autoresponsabilità porta con sé che la contestazione tempestiva di una delle parti sia sufficiente per evitare la *relevatio ab onere probandi*.

#### 8.4. *Comportamenti integranti la non contestazione*

Appare anzitutto ovvio che l'ammissione o l'espressa dichiarazione di non contestare pongano in essere un comportamento non contestativo.

È pacifico altresì che l'ammissione implicita, ossia l'impostazione della difesa su argomenti logicamente incompatibili con la volontà di contestare, rientri tra i comportamenti non contestativi.

Per quanto riguarda il silenzio, si è detto che qualsiasi dubbio circa il suo valore è stato superato dalla formulazione dell'art. 64, comma 2, c.p.a.

Per la contestazione generica valgono le stesse considerazioni svolte per il silenzio: l'onere di contestazione specifica previsto

---

<sup>79</sup> Sulle "parti non necessarie" del processo amministrativo si rinvia a TRAVI, cit., 234 ss.

dal nuovo art. 64, comma 2, c.p.a. esclude che sia sufficiente una contestazione generica per evitare gli effetti della mancata contestazione.

Sulla contumacia, l'orientamento assolutamente prevalente<sup>(80)</sup>, avallato anche dalle Sezioni Unite<sup>(81)</sup>, considera la contumacia come un comportamento neutro, a cui non può attribuirsi valenza confessoria o comunque non contestativa.

Per quanto riguarda la dichiarazione di non conoscenza del fatto, essa può essere equiparata alla non disponibilità degli elementi di prova concernenti il fatto stesso.

Ciò significa che - sebbene la dichiarazione di non conoscere il fatto, dal punto di vista logico, non può essere assimilata alla contestazione - “i fatti non conosciuti, esulando dalla disponibilità della parte, esulino dall'oggetto dell'onere di contestazione. L'assenza dell'onere di contestazione in relazione a fatti non conosciuti, quindi, esclude *a priori* l'applicazione della non contestazione ad essi”<sup>(82)</sup>.

#### 8.5. *Criteri di determinazione della soglia di sufficienza della contestazione*

Per quanto concerne i criteri da adottare per determinare la soglia di sufficienza della contestazione, si ribadisce che la necessaria specularità degli oneri e che la misura della

---

<sup>80</sup> Cfr. ANDRIOLI, cit., 275; MICHELI, cit., 115.

<sup>81</sup> Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761, cit.

<sup>82</sup> FOLLIERI, cit., 1023.

contestazione necessaria e sufficiente dipende dalla misura dell'allegazione del fatto da contestare.

In linea generale, peraltro, autorevole dottrina ha osservato che sul significato concreto della contestazione specifica non è facile esprimersi, e che sarà la giurisprudenza a rendere concreta la previsione astratta (<sup>83</sup>).

Ad ogni modo, il rispetto dell'onere di contestazione deve verificarsi tenendo conto del comportamento difensivo globale tenuto dalla parte.

#### 8.6. *Limiti di revocabilità*

Il problema della revocabilità (o meno) della non contestazione si iscrive all'interno della "circolarità" tra onere di allegazione, onere di contestazione ed onere della prova, e dipende dalla presenza di termini di preclusione per la fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

Per quanto riguarda il processo amministrativo, sembrano condivisibili i rilievi svolti da Franco Gaetano Scoca, secondo cui "non essendoci la distinzione in fasi, ed essendo consentito alle parti convenute di costituirsi fino all'udienza di discussione, è difficile ritenere che la contestazione possa mai essere considerata tardiva, in mancanza di un sistema di preclusioni. Si rammenta che l'art. 46 c.p.a. stabilisce sì un termine per la

---

<sup>83</sup> Cfr. SCOCA, cit., 549.

costituzione delle parti intimiate, ma non dispone sanzioni o preclusioni in caso di inosservanza del termine” (<sup>84</sup>).

L’assenza di preclusioni, sotto questo profilo, non esclude, *ex se*, la possibilità di contestazione tardiva per la prima volta in appello (<sup>85</sup>).

### 8.7. *Gli effetti della non contestazione*

Come anticipato, l’aspetto più rilevante del principio di non contestazione riguarda la sua incidenza sulla discrezionalità del giudice nel valutare la verità o meno dei fatti rilevanti ai fini della decisione.

Prima dell’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza amministrativa riteneva che la non contestazione delle allegazioni del ricorrente da parte della p.a. non avesse valore di prova, né di ammissione degli stessi (<sup>86</sup>).

Gli artt. 115, comma 1, c.p.c. e 64, comma 2, c.p.a. depongono in favore della non contestazione come una “prova autonoma”: i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova *ex art.* 64,

---

<sup>84</sup> SCOCA, cit., 549. Secondo FOLLIERI, cit., 1031, la non contestazione “in assenza di un termine per l’assolvimento del relativo onere, risulta inefficace”.

<sup>85</sup> Cfr. BATTAGLIA, cit., 1531. Al riguardo, è condivisibile il rilievo di FOLLIERI, cit., 1026, secondo cui la contestazione nel processo amministrativo è un onere “leggero”.

<sup>86</sup> Cfr. TROPEA, cit., 1174 ss.; 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, 25 ss.; DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull’istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 276 ss.

comma 1, c.p.a. <sup>(87)</sup>). Da ciò deriva che il fatto “non contestato” può (ma non deve), *ex se*, fondare la decisione del giudice <sup>(88)</sup>.

Con maggiore impegno esplicativo, e seguendo la dottrina più recente che si è confrontata con il tema, la non contestazione è una tecnica semplificatoria che espunge i fatti non contestati dal *thema probandum*, senza però munirli dell’efficacia di prova legale <sup>(89)</sup>. I fatti non contestati assumono lo stesso valore delle prove addotte dalle parti, e tenendo conto di entrambi il giudice deciderà <sup>(90)</sup>, valutandoli secondo il suo prudente apprezzamento <sup>(91)</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 1 agosto 2011 n. 2044; Tar Campania, Napoli, Sez. VII, 5 maggio 2011 n. 2463.

<sup>88</sup> Cfr. TARUFFO, *Art. 115*, cit., 493, secondo cui “se dalle prove comunque acquisite al giudizio risulta che il fatto non contestato è falso, il giudice ne accerta la falsità; se le parti hanno dedotto prove o se vi sono prove disponibili d’ufficio su quel fatto, esse vanno assunte, e sul fatto il giudice deciderà secondo il loro esito. Infine, se il giudice ha fondate ragioni (che esporrà nella motivazione) per ritenere falso il fatto, deciderà in questo senso”. Anche per TEDOLDI, cit., 94, “il fatto non contestato può trovare smentita in altre risultanze di causa di cui si dovrà tener conto”.

<sup>89</sup> Cfr. FOLLIERI, cit., 1018.

<sup>90</sup> Cfr. TEDOLDI, cit., 89, il quale ha richiamato l’attenzione sul fatto che gli atti difensivi dovrebbero avere “una schematicità tale da consentire alle controparti e al giudice l’agevole identificazione dei fatti allegati e di quelli non controversi o contestati in modo assolutamente generico. Una schematicità normalmente estranea agli atti introduttivi della lite *italico more*, nei quali vengono variamente mescolate e profuse allegazioni in fatto, argomentazioni induttive e ricostruttive, giudizi di valore e qualificazioni giuridiche, senza veruna *clarté*. Occorrerebbe che si affermasse un nuovo *stylus curiae*”.

<sup>91</sup> Cfr. FOLLIERI, cit., 1019.

CAPITOLO V

LA PROVA TESTIMONIALE

NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: Introduzione. - 1. La prova testimoniale in generale. - 1.1. Profili di diritto comparato. - 1.2. La nuova testimonianza scritta nel processo ordinario di cognizione. - 2. Il processo amministrativo. - 2.1. La legge Crispi del 1889. - 2.2. Il regolamento di procedura del 1907. - 2.3. Corte cost. n. 146/1987. - 2.4. Il d.lgs. 80/1998 e la l. 205/2000. - 3. Il codice del processo amministrativo. - 3.1. Accordo delle parti. - 3.2. Discrezionalità del giudice. - 3.3. Facoltà di sentire il testimone di persona. - 3.4. Mancata costituzione della controparte. - 3.5. Pubblico impiego. - 3.6. Efficacia probatoria.

*Introduzione*

Nel processo amministrativo la prova documentale rappresenta la prova per antonomasia, mentre scarso impiego hanno da sempre avuto le prove costituenti (<sup>1</sup>).

Il percorso che ha portato alla generale ammissibilità della prova testimoniale nel processo amministrativo si snoda, a nostro avviso, in cinque tappe.

La prima tappa coincide con la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, la quale prevedeva (<sup>2</sup>) soltanto tre mezzi di prova (i c.d. *tria*): i chiarimenti, i documenti, le verificazioni.

---

<sup>1</sup> Cfr. ZOPPELLARI, *La prova testimoniale nel nuovo processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1353.

<sup>2</sup> Art. 16, l. 5992/1889: “Se la sezione riconosce che l’istruzione dell’affare è incompleta o che i fatti affermati nell’atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all’Amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all’Amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti”.



La seconda tappa inizia con il regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, il quale, oltre ad istituire la V Sezione, che aveva giurisdizione anche di merito, attribuiva <sup>(3)</sup> alla V Sezione stessa anche la facoltà di assumere testimoni.

La terza tappa prende avvio a seguito della sentenza Corte cost. n. 146 del 1987, la quale estendeva alle controversie di pubblico impiego l'esperibilità dei mezzi istruttori previsti dalle norme del codice di procedura civile sul rito del lavoro.

La quarta tappa incomincia con l'emanazione del d.lgs. 80/1998 e della l. 205/2000. La riforma legislativa, accrescendo il perimetro della giurisdizione esclusiva, diede vita a tre orientamenti circa l'ambito applicativo della prova testimoniale in sede di giurisdizione esclusiva <sup>(4)</sup>: a) un primo, più restrittivo, che ne limitava l'ammissibilità alle sole controversie risarcitorie; b) un secondo, intermedio e ritenuto preferibile dalla maggioranza degli interpreti, che la riteneva ammissibile a tutte le controversie su diritti soggettivi; c) un terzo, più estensivo, che ne ammetteva l'assunzione anche nelle controversie relative ad

---

<sup>3</sup> Art. 27, r.d. 642/1907: "La sezione quinta può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni".

<sup>4</sup> Cfr. GIARDINO, *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti* (nota a Tar Campania, Napoli, Sez. V, ord. 5 maggio 2011 n. 2541), in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1320; VENEZIANO, *I nuovi mezzi probatori nella giurisdizione di legittimità e nella giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 200 ss.

interessi legittimi, purché rientranti in una materia di giurisdizione esclusiva.

L'ultima tappa è stata inaugurata dal codice del processo amministrativo, il quale ha previsto <sup>(5)</sup> la generale ammissibilità della prova testimoniale da parte del g.a.

Come ognuno vede, nell'evoluzione dell'istituto della prova testimoniale nel processo amministrativo “il diritto soggettivo ha fatto da apripista” <sup>(6)</sup>, in quanto la Corte costituzionale, per prima, ha affermato che per i diritti soggettivi, quando sono conosciuti dal g.a., devono essere consentiti gli stessi mezzi di prova previsti nel processo civile.

Oggi l'interesse legittimo è stato parificato al diritto soggettivo quanto ai mezzi di prova accordati. Per entrambe le situazioni soggettive, e a prescindere dal tipo di giurisdizione, sono consentiti in linea di principio tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con espressa esclusione solo dell'interrogatorio formale e del giuramento <sup>(7)</sup>.

Il presente capitolo, premessi brevi cenni sulla prova testimoniale in generale (par. 1), sul diritto comparato (par. 1.1) e sulla nuova testimonianza scritta nel processo ordinario di cognizione (par. 1.2.), e ripercorsa la lunga marcia che ha portato alla generale ammissibilità della prova testimoniale nel processo

---

<sup>5</sup> Art. 63, comma 3, c.p.a.: “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”.

<sup>6</sup> DE NICTOLIS (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Ipsoa, Milano, 2012, 976.

<sup>7</sup> Cfr. DE NICTOLIS, cit., 976.

amministrativo, affronta le principali questioni giuridiche che si pongono al riguardo.

### 1. *La prova testimoniale in generale*

La testimonianza, nel senso ampio del termine, è “la narrazione di fatti che taluno compie ad altri per renderlo partecipe della conoscenza di tali fatti”<sup>(8)</sup>.

Nel diritto processuale, invece, quando si parla di testimonianza o di prova testimoniale<sup>(9)</sup> ci si riferisce “a quelle narrazioni dei fatti della causa al giudice compiute nel corso del processo (si tratta di prova costituenda) e con determinate forme, da soggetti che non sono parti nel processo stesso (ed anzi sono estranei agli interessi in contesa) e che sono attendibili proprio in quanto e nella misura in cui provengono da terzi imparziali”<sup>(10)</sup>.

Fino alla l. 69/2009, che ha inserito gli artt. 257-*bis* c.p.c. e 103-*bis* disp. att. c.p.c., l’ordinamento italiano conosceva una qualche forma di testimonianza scritta soltanto nel giudizio arbitrale (art. 816-*ter* c.p.c.)<sup>(11)</sup> e nel processo penale (art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.).

---

<sup>8</sup> MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2012, 282.

<sup>9</sup> Sulla prova testimoniale in generale, cfr. ANDRIOLI, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967, 329 ss.; TARUFFO, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 729 ss.; DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Utet, Torino, 1997, 40 ss.

<sup>10</sup> MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 283.

<sup>11</sup> Cfr. FABIANI, *Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69/2009*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 824, secondo cui “l’introduzione di una figura di questo tipo, sia pur nei circoscritti confini dell’arbitrato, aveva già suscitato non poche perplessità in dottrina, tanto sotto il

### 1.1. *Profili di diritto comparato*

È stata l'influenza del diritto comparato a determinare l'apertura dell'ordinamento italiano a modelli alternativi di assunzione della testimonianza (<sup>12</sup>).

In Francia e in Germania, ad esempio, la deposizione del testimone può essere raccolta secondo due diverse modalità: in giudizio e nel contraddittorio delle parti ovvero fuori dal processo con l'*attestation* e la *schriftliche Beantwortung* alle *Beweisfragen* (<sup>13</sup>).

La propensione ad introdurre forme di testimonianza scritta non è limitata agli ordinamenti continentali, ma si riscontra anche in quelli anglosassoni: in Inghilterra, ad esempio, “i *written statements*, che devono essere scambiati tra le parti prima del

---

profilo della opportunità quanto sotto quello della legittimità, sia rispetto a principi quali quello della immediatezza ed oralità, sia rispetto a principi di rango costituzionale (art. 24, comma 2, Cost.), posto che, per l'effetto, l'assunzione della prova non avveniva più nel contraddittorio delle parti”.

<sup>12</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010, 586 ss. rileva che “nel panorama comparatistico, è stata proprio l'evoluzione dei sistemi processuali moderni - suggerita sia da ragioni di celerità, di efficienza e di economia dei giudizi, sia da una progressiva rivalutazione delle prove formate per iscritto anche al di fuori del tradizionale ambito, in cui opera la prova “documentale” in senso tipico - a segnalare pure al legislatore italiano l'anacronismo antistoico di qualsiasi formale ed assoluta “chiusura” verso modelli alternativi di assunzione (o, più esattamente, di formazione stragiudiziale) della testimonianza, che fossero comunque diversi da quello tradizionale della deposizione oralmente resa dinanzi al giudice e da quest'ultimo direttamente condotta ed assunta nel contraddittorio delle parti”. Per una breve sintesi delle esperienze di diritto comparato si veda COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, cit., 19 ss.; CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 389 ss.;

<sup>13</sup> Cfr. BESSO, cit., 190.

*trial*, sostituiscono, in tutto o in parte, la testimonianza orale”<sup>(14)</sup>.

Nella sfera del diritto europeo, il reg. 861/2007, in materia di controversie transnazionali di modesta entità, prevede all’art. 9<sup>(15)</sup> che l’organo giudicante “determina i mezzi di assunzione delle prove” e “può ammettere l’assunzione di prove tramite dichiarazioni scritte di testimoni, esperti o parti”. L’audizione di testimoni è consentita soltanto quando ciò sia “necessario ai fini della sentenza”, dovendo l’organo giudicante di regola ricorrere al metodo di assunzione delle prove più semplice e meno oneroso<sup>(16)</sup>.

---

<sup>14</sup> BESSO, cit., 190.

<sup>15</sup> Cfr. D’ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, Giappichelli, Torino, 2008, 3 ss., secondo cui “il regolamento n. 861 dell’11 luglio 2007 ha per la prima volta istituito un procedimento europeo di cognizione per la definizione di controversie transfrontaliere di modesta entità in materia civile e commerciale, il quale si pone in rapporto di alternatività rispetto al processo di cognizione disciplinato dal legislatore nazionale dei singoli Stati membri. Dunque, si tratta di un procedimento che lascia aperta la possibilità di instaurare il giudizio per la composizione delle controversie rientranti nell’ambito di applicazione del regolamento anche nelle forme previste dalla legge processuale del luogo in cui è stato radicato il processo. La scelta tra l’una e l’altra procedura è rimessa all’attore ed il convenuto non ha nessuna possibilità di influire su tale decisione. Lo scopo perseguito è quello di dotare la generalità degli Stati membri di un procedimento snello ed (auspicabilmente) celere per la risoluzione delle controversie di modesta entità. Prima dell’intervento del legislatore comunitario, difatti, soltanto la legislazione nazionale di alcuni ordinamenti europei (tra cui non figura l’Italia) contemplava procedimenti *ad hoc* e snelli per le controversie di modesto valore. La sussistenza, all’interno dello spazio giudiziario comune, di strumenti giudiziali a disposizione dei creditori con gradi di efficienza sostanzialmente diversi è stata considerata dal legislatore comunitario come una causa di squilibrio idonea a determinare una distorsione “della concorrenza nel mercato interno”. Da qui la necessità di un intervento comunitario”.

<sup>16</sup> Cfr. CORSINI, cit., 858.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, deve trattarsi di una controversia: a) in materia civile e commerciale; b) di valore non superiore a € 2.000; c) a carattere transfrontaliero.

## 1.2. *La nuova testimonianza scritta nel processo ordinario di cognizione*

La l. 69/2009 <sup>(17)</sup> ha inserito nel codice di procedura civile l'art. 257-*bis* e l'art. 103-*bis* disp. att. <sup>(18)</sup>.

Dal punto di vista letterale, al posto di "testimonianza scritta" sarebbe più opportuno parlare di "testimonianza assunta per iscritto in assenza di contraddittorio" <sup>(19)</sup>. È stato rilevato, infatti, che "la stessa nozione o definizione di testimonianza scritta - o per iscritto - integra un vero e proprio ossimoro, come dimostra l'esperienza francese, dove si parla, più correttamente, di attestazione, salvo poi ad equipararla, *quoad effectum*, alla testimonianza" <sup>(20)</sup>.

---

<sup>17</sup> Il percorso che ha portato alla generalizzazione della testimonianza scritta nell'ambito del processo civile è stato piuttosto difficoltoso. Sulle proposte di introduzione della testimonianza scritta ("bozza Vaccarella", "bozza Mastella") e sull'*iter* legislativo della l. 69/2009 si veda COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, cit., 8 ss.

<sup>18</sup> Cfr. FORNACIARI, *Questioni controverse in tema di prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1118, secondo cui "la testimonianza scritta rappresenta l'ultimo "coniglio dal cappello" escogitato dal legislatore per cercare - del tutto velleitariamente (e, ciò che è più grave, con piena consapevolezza, ritengo, di tale velleitarietà) - di mettere una pezza alle condizioni indecorose del nostro processo civile".

<sup>19</sup> Al riguardo si veda COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, cit., 79.

<sup>20</sup> DE STEFANO, cit., 340.

Ciò premesso, la *ratio* della riforma legislativa è chiara <sup>(21)</sup>: sacrificando il principio dell'oralità, il legislatore cerca di ottenere un'accelerazione del processo, evitando che siano fissate udienze al solo scopo di sentire i testimoni <sup>(22)</sup>.

I capisaldi della nuova disciplina, al di là degli aspetti più squisitamente pratici <sup>(23)</sup>, sono: a) il necessario “accordo delle parti” (art. 257-*bis*, comma 1, c.p.c.); b) la discrezionalità del giudice, “tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza” (art. 257-*bis*, comma 1, c.p.c.) <sup>(24)</sup>; c) la facoltà del giudice, “esaminate le risposte”, di chiamare a deporre il testimone “davanti a lui o davanti al giudice delegato” (art. 257-*bis*, ult. comma, c.p.c.) <sup>(25)</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, cit., 243, secondo cui “con un sol attimo di riflessione si percepisce che l'art. 257-*bis* c.p.c. è norma d'emergenza, certamente contromano rispetto a tutti gli arresti legislativi più recenti e qualificati, inclini a privilegiare la formazione giudiziale della prova dichiarativa o comunque nel contraddittorio”.

<sup>22</sup> Cfr. CORSINI, *La prova testimoniale assunta in forma scritta*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 857.

<sup>23</sup> FORNACIARI, *Questioni controverse in tema di prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1118, parla di “regolamentazione assai più dettagliata, destinata verosimilmente a renderne l'applicazione decisamente marginale”. Sul punto si rinvia alla dettagliata analisi di CREVANI, *L'istruzione probatoria*, in TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, 342 ss.

<sup>24</sup> Cfr. PICOZZA, *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 873, secondo cui “l'assunzione della prova testimoniale per iscritto è quindi una facoltà discrezionale del giudice che sorge nel momento in cui vi sia l'accordo delle parti”.

<sup>25</sup> Secondo CORSINI, cit., 857 ss., “non è possibile - quantomeno in teoria - instaurare alcuna gerarchia tra testimonianza scritta ed orale: non vi è cioè *ex lege* una “prova migliore” dell'altra. Pare però realistico ipotizzare che il giudice, impiegando ai sensi dell'art. 116, comma 1, c.p.c. il suo prudente apprezzamento, sia in pratica indotto ad attribuire maggiore attendibilità ad una testimonianza orale piuttosto che ad una scritta, potendo solo nel primo caso valutare personalmente la credibilità del teste e fare domande a chiarimento. Ciò, però, non sempre è vero: potrebbe anche accadere che, sugli stessi fatti, un teste renda in giudizio una

Si tratta di elementi che, come è stato opportunamente messo in luce, finiscono per differenziare questo istituto “anche rispetto alla prassi, diffusa presso taluni tribunali italiani, di far assumere la prova testimoniale agli avvocati senza il contestuale controllo da parte del giudice; prassi che, secondo taluna dottrina, sarebbe divenuta legittima per effetto dell’introduzione della testimonianza scritta nel nostro ordinamento e che, secondo altra dottrina, posto che garantiva in qualche modo la tutela del contraddittorio, era da preferirsi rispetto al nuovo istituto introdotto dal legislatore del 2009”<sup>(26)</sup>.

L’istituto, nel suo complesso, presenta vantaggi e svantaggi rispetto alla tradizionale modalità di assunzione della prova testimoniale: a) vantaggi fondamentalmente legati all’evitare lo spostamento dei testimoni ed al far risparmiare tempo alla giustizia; b) svantaggi che si colgono, soprattutto, sotto il profilo dell’attendibilità del teste, delle minori garanzie rispetto ad una deposizione resa sotto giuramento dinanzi al giudice<sup>(27)</sup>, nonché

---

testimonianza orale piena di contraddizioni ed assai lacunosa, mentre un altro presti una deposizione scritta, il cui contenuto sia esaustivo, consequenziale e logico. In tal caso, è verosimile ritenere che il convincimento del giudice sia maggiormente fondato sulla testimonianza scritta, che non su quella orale”.

<sup>26</sup> FABIANI, cit., 831 ss.

<sup>27</sup> Cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2012, 306, secondo cui “pur nella consapevolezza che la testimonianza scritta è istituto da tempo operante in diversi ordinamenti stranieri, e tra l’altro già previsto anche nel nostro ordinamento per il giudizio arbitrale; e pur prendendo atto dei temperamenti e cautele con i quali la legge n. 69/2009 l’ha introdotta nel nostro sistema (che, peraltro, non prevede più la limitazione alle controversie su diritti disponibili), chi scrive deve qui nuovamente esprimere le sue già manifestate perplessità per il palese contrasto con le esigenze del contraddittorio e i principi del giusto processo; i quali principi, nella nostra Costituzione, vogliono che ogni atto



dell'aumento della possibilità di testimonianze contraddittorie<sup>(28)</sup>.

Parte della dottrina, pur non tralasciando i vari profili problematici<sup>(29)</sup>, ha apprezzato gli aspetti positivi di questa riforma.

Ad esempio, per quanto riguarda il rapporto costi-benefici e l'influsso proficuo sulla ragionevole durata del processo<sup>(30)</sup>, si è osservato che “se l'audizione dei testimoni davanti al giudice e da parte di lui è certamente l'ideale, in determinate circostanze o contesti o situazioni, questa è diventato un lusso che non ci si può più permettere e la limitata disponibilità di mezzi materiali ed umani della giustizia civile deve imporre la scelta - dolorosa e probabilmente non del tutto in linea con i principi generali - di vie alternative e semplificate verso l'obiettivo delle parti:

---

del processo diverso dagli atti ontologicamente solo di parte, si svolga nel contraddittorio tra le parti e sotto il controllo di un giudice terzo ed imparziale”.

<sup>28</sup> Cfr. FABIANI, cit., 828.

<sup>29</sup> Cfr. COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, cit., 84, secondo cui “la testimonianza scritta non è affatto priva di aspetti positivi; il problema è che il legislatore, invece di approfittare e valorizzare tali aspetti, ha introdotto apparentemente a malavoglia la testimonianza scritta, quasi che non potesse farne a meno, come una sorta di “male minore” nell'ottica di una riduzione dei tempi del processo. Semmai, il legislatore avrebbe dovuto verificare meglio le potenzialità offerte da tale modalità di assunzione, soprattutto alla luce dell'esperienza comparatistica, cercando di ricavare il meglio da tale peculiare forma di assunzione”. Si veda anche TARUFFO, *Introduzione: le ultime riforme della giustizia civile*, in TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, 9 ss.

<sup>30</sup> Cfr. COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, cit., 82, secondo cui “anche alla luce della disciplina approvata, il legislatore denota una sorta di rassegnazione nei confronti della prova testimoniale, così da ritenere sostanzialmente tollerabili i rischi di maggiore inattendibilità connessi alla testimonianza scritta, a fronte dell'auspicata riduzione dei tempi processuali connessa a tale forma testimoniale”.

obiettivo che resta una decisione il più possibile eseguibile ed equa - in rapporto alle circostanze - in tempi ragionevoli”<sup>(31)</sup>.

Sulla dequotazione dell’oralità si è rilevato invece che “il dogma dell’oralità aveva perso da tempo la sua autorità, sia a causa di diffuse prassi nelle quali la testimonianza veniva di fatto assunta per iscritto fuori udienza, sia in ragione dei dubbi circa l’efficacia dell’interrogatorio condotto dal giudice sui capitoli di prova dedotti dalle parti come metodo per controllare l’attendibilità del teste. La testimonianza scritta potrebbe dunque costituire una utile semplificazione, almeno nei casi non infrequenti nei quali non vi sono problemi relativi alla credibilità del testimone. Se sorgono dubbi al riguardo, il giudice può decidere di assumere la testimonianza nelle forme previste dagli artt. 245 ss. del codice, oppure di disporre - avendo esaminato le risposte scritte fornite dal teste - di interrogarlo direttamente (come previsto dall’ult. co. dell’art. 257-*bis*)”<sup>(32)</sup>.

È pacifico in dottrina, peraltro, che nel bilancio tra aspetti positivi ed aspetti negativi, sono questi ultimi a prevalere<sup>(33)</sup>.

---

<sup>31</sup> DE STEFANO, cit., 339, il quale rileva altresì che “in questo spirito si inquadra del resto il procedimento sommario di cognizione, consacrazione di ogni aspirazione di semplificazione procedurale, ispirato ad una deformalizzazione assoluta; ed in questo spirito, con le cautele suddette, può accettarsi pure la testimonianza scritta, visto che, comunque, sia l’uno che l’altra hanno quale presupposto quanto meno la scelta delle parti ed il controllo del giudice sull’adeguatezza del mezzo alle concrete esigenze della controversia”.

<sup>32</sup> TARUFFO, *Introduzione: le ultime riforme della giustizia civile*, in TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, 9 ss.

<sup>33</sup> Cfr. DE STEFANO, *Gli strumenti di prova e la nuova testimonianza scritta*, Giuffrè, Milano, 2009, 338 ss., secondo cui “salutata con amarezza come una vera resa alle condizioni concrete in cui il processo civile italiano viene in concreto

Per questi motivi sarebbe stato meglio introdurre “la testimonianza raccolta dal difensore”, o meglio ancora “sarebbe stato dare riconoscimento alla prassi, diffusamente seguita, di far assumere la prova nel contraddittorio dei difensori, salvo l’intervento del giudice in caso di contrasti o difficoltà. Tale modalità - fermo restando che si colloca comunque al di sotto della soglia minima di decenza che uno stato di diritto dovrebbe garantire - se non altro assicura infatti il reciproco controllo dei suddetti difensori nel momento dell’escussione” (34).

## *2. Il processo amministrativo*

Come anticipato nell’introduzione, il cammino che ha condotto alla generale ammissibilità della prova testimoniale nel processo amministrativo consta di cinque fasi.

---

celebrato, la testimonianza scritta costituisce una sensibile deroga ai principi di concentrazione e di oralità, ancora sulla carta ispiratori del processo in quanto unici a garantire il più possibile la formazione di una prova obiettiva; pare latente tra gli interpreti una sorta di rassegnata sfiducia nel timore che un malcostume percepito come già diffuso possa volgere la norma a meccanismo di più agevole aggiramento della conoscibilità della verità dei fatti; ed in fondo l’invocazione della presenza della testimonianza scritta in altri ordinamenti non sorregge quest’altra ipotesi di importazione, perché si tratta di ordinamenti ben più attenti e severi del diritto italiano vivente rispetto al possibile mendacio”.

<sup>34</sup> FORNACIARI, cit., 1119, il quale conclude che “non tutto peraltro, a tale proposito, è forse perduto. Proprio in tale direzione, anzi, credo sia possibile cercare di recuperare, alla previsione in esame, una qualche - o comunque una maggiore - utilità concreta. Pur nella consapevolezza che non si tratta di un passaggio banale e scontato, non mi pare infatti così assurdo ragionare nel senso che tale previsione, in quanto dà ingresso ad una testimonianza resa in totale assenza di contraddittorio, implicitamente legittima anche quella, della quale si è appena detto, resa nel contraddittorio dei difensori e con la possibilità di far intervenire il giudice in caso di necessità”.

## 2.1. *La legge Crispi del 1889*

La prima fase inizia con la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, la quale prevedeva soltanto tre mezzi di prova, i c.d. *tria*: “se la sezione riconosce che l’istruzione dell’affare è incompleta o che i fatti affermati nell’atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all’Amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all’Amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti”<sup>(35)</sup>.

Il regolamento di procedura avanti la Giunta provinciale amministrativa in sede contenziosa introduceva una rilevante novità: “la Giunta può altresì, quando non sia possibile stabilire altrimenti la verità dei fatti, ordinare d’ufficio o dietro istanza di parte perizie, verificazioni, accessi sui luoghi per ispezioni, verificazioni anche con sommaria assunzione di testimoni, delegando anche uno dei commissari alle operazioni coll’assistenza del segretario, che redigerà i relativi processi verbali”<sup>(36)</sup>.

Alla luce di tali disposizioni, si pose la questione se fosse ammissibile la prova testimoniale avanti la IV Sezione.

---

<sup>35</sup> Art. 16, l. 5992/1889.

<sup>36</sup> Art. 35, r.d. 237/1891.

La dottrina si divise, e al riguardo deve segnalarsi la contrapposizione tra Carlo Lessona e Vittorio Emanuele Orlando.

Lessona si mostrò favorevole <sup>(37)</sup>, ma la sua opinione rimase isolata <sup>(38)</sup>.

A prevalere è stata la tesi negativa, sostenuta in particolare da Orlando <sup>(39)</sup>; peraltro, come ha osservato Feliciano Benvenuti, “non sono state per vero delucidate appieno le ragioni di una tale limitazione. Esse forse vanno ricercate nella concezione del ricorso al Consiglio di Stato come *revisio prioris instantiae* che deriva alla nostra legge da quella austriaca” <sup>(40)</sup>.

## 2.2. Il regolamento di procedura del 1907

La seconda fase si apre con il regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, istitutivo della V Sezione: “la sezione quinta può assumere testimoni, eseguire ispezioni, ordinare perizie e fare tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, coi

---

<sup>37</sup> Si veda LESSONA, *Della esperibilità delle prove semplici nei giudizi avanti la IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1894, II, 25; LESSONA, *La ammissibilità delle prove semplici, ed in specie del giuramento decisorio, in sede di giustizia amministrativa*, in *Foro it.*, 1896, III, 55; LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, Cammelli, Firenze, 1904, 143 ss.

<sup>38</sup> Secondo LA TORRE, *Il sistema delle prove avanti il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in *Studi in occasione del Centenario del Consiglio di Stato*, III, Istituto poligrafico, Roma, 1932, 499, la tesi di Lessona, “pur avendo una certa base nella lettera della legge, contrastava con lo spirito di essa e coi precedenti parlamentari; ad ogni modo, le successive norme di legge e di regolamento espressamente l’hanno ripudiata”.

<sup>39</sup> ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Libreria, Milano, 1901, 1023 ss.

<sup>40</sup> BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, 5, nota 9.

poteri attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile e con le relative sanzioni” (41).

Confrontando i mezzi probatori ammissibili davanti alla IV e alla V Sezione, appare evidente la grave limitazione del sistema probatorio nella giurisdizione generale di legittimità (IV Sezione): era pacifica l’inammissibilità di altre prove, oltre a quelle espressamente previste, nella giurisdizione generale di legittimità (42).

Alla limitatezza dei mezzi di prova si cercò di ovviare in via interpretativa (43), mediante l’assegnazione ad essi di un contenuto più ampio: questa operazione ha riguardato in primo luogo le verificazioni (44), e in secondo luogo i documenti privati (45).

Già Federico Cammeo, ad esempio, riteneva pacifico che nel potere di ordinare alla p.a. di fare nuove verificazioni fosse incluso anche quello di ordinare che le dette verificazioni assumessero il contenuto di un’inchiesta testimoniale (46).

---

<sup>41</sup> Art. 27, r.d. 642/1907.

<sup>42</sup> Cfr. LA TORRE, cit., 573.

<sup>43</sup> Per quanto riguarda l’ammissibilità della prova testimoniale *tout court*, secondo MIGLIORINI, cit., 144, il dato normativo restava “insuperabile in via interpretativa”.

<sup>44</sup> Cfr. MIGLIORINI, *L’istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Cedam, Padova, 1977, 137, secondo cui “fin dall’origine la richiesta di verificazioni fu intesa quale surrogato di numerosi istituti probatori propri della procedura civile ed anche di quella penale”.

<sup>45</sup> Cfr. D’ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008, 31 ss.

<sup>46</sup> Cfr. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, III, 106 ss.

Anche Vincenzo Cerulli Irelli, negli anni '80, evidenziava che i tre mezzi di prova ammissibili nella giurisdizione generale di legittimità consentivano “l’acquisizione al processo di tutti i fatti che possono venire in questione nell’esame della fattispecie: sia di quelli rappresentati mediante documenti ovvero costituiti da documenti sia di quelli che consistono in elementi del mondo esteriore (cose, avvenimenti, situazioni personali, ecc.), cui si accede attraverso le verificazioni. Anche la limitazione, tuttavia consistente, prodotta dalla mancata previsione delle prove testimoniali, viene ad essere notevolmente attenuata dal fatto, considerato pacifico, che in sede di verificazioni si possano raccogliere dichiarazioni di persone (che vengono verbalizzate) relative all’oggetto della verifica stessa”<sup>(47)</sup>.

Questo è il motivo per cui nel processo amministrativo - come ricorda Enrico Guicciardi - “le parti sogliono dimostrare a mezzo di certificati o di atti notori anche quei fatti che nel processo civile si proverebbero per testimoni”<sup>(48)</sup>.

In realtà, per quanto riguarda la dichiarazione sostitutiva di atto notorio<sup>(49)</sup>, la giurisprudenza non tardò ad esprimere il

---

<sup>47</sup> CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 527.

<sup>48</sup> Cfr. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1957, 250.

<sup>49</sup> Sul concetto di “autocertificazione” e sulla distinzione tra “dichiarazione sostitutiva di atto notorio” e “dichiarazione sostitutiva di certificazione”, cfr. BOMBARDELLI, *Autocertificazione*, in *Enc. giur.*, V, Treccani, Roma, 1996, 1 ss.; GARDINI, *Autocertificazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., \*\*, Utet, Torino, 2005, 107 ss.

proprio parere negativo (<sup>50</sup>), trattandosi di un mezzo volto ad immettere surrettiziamente nel processo la prova testimoniale.

### 2.3. *Corte cost. n. 146/1987*

I giudici amministrativi interpretavano il dato normativo nel senso che la prova testimoniale fosse ammissibile solo nelle controversie devolute alla giurisdizione di merito (<sup>51</sup>).

L'introduzione della prova testimoniale nelle controversie sul pubblico impiego rientranti nella giurisdizione esclusiva si deve all'intervento della Corte costituzionale (<sup>52</sup>).

È stata proprio la giurisprudenza costituzionale a scalfire l'indirizzo conservatore, aprendo una breccia con la sentenza n. 146 del 1987 (rel. Andrioli).

Si tratta di una pronuncia di tipo additivo, in cui la Consulta dichiarava "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 consentono l'esperimento dei mezzi istruttori previsti negli artt.

---

<sup>50</sup> Cfr. GIARDINO, cit., 1321.

<sup>51</sup> Cfr. SICA, *Prova testimoniale e processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, 902.

<sup>52</sup> Cfr. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in CARANTA (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Zanichelli, Bologna, 2011, 546.



421, comma 2 a 4, 422, 424 e 425, del c.p.c. novellati in virtù della legge 11 agosto 1973, n. 533”<sup>(53)</sup>.

Veniva così a cadere il dogma della tassatività dei mezzi di prova<sup>(54)</sup>.

#### 2.4. *Il d.lgs. 80/1998 e la l. 205/2000*

La quarta tappa prende avvio con l’emanazione del d.lgs. 80/1998 e della l. 205/2000.

Alla luce dell’estensione della giurisdizione esclusiva, ci si chiese in che misura fosse ammissibile la prova testimoniale, qualora il g.a., nell’ambito della giurisdizione esclusiva, dovesse conoscere di interessi legittimi.

Si formarono tre indirizzi: il primo, più restrittivo, limitava l’ammissibilità alle sole controversie risarcitorie; il secondo, intermedio, estendeva la prova testimoniale a tutti i giudizi su diritti soggettivi; il terzo, più garantista, riteneva esperibile la prova testimoniale anche nell’ambito delle controversie concernenti interessi legittimi<sup>(55)</sup>.

Per quanto riguarda l’applicazione giurisprudenziale della nuova normativa, il *leading case* è costituito da una sentenza

---

<sup>53</sup> Corte cost., 10 aprile 1987 n. 146.

<sup>54</sup> Cfr. ZOPPELLARI, cit., 1353, secondo cui il dogma della tassatività dei mezzi di prova, “vigorosamente contestato da autorevole dottrina, ma sempre fermamente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, solo nel 1987 è stato parzialmente scalfito dalla Corte costituzionale, che ha esteso alle controversie di pubblico impiego l’esperibilità dei mezzi istruttori previsti dalle norme del codice di procedura civile sul rito del lavoro - venendo così a creare, secondo autorevole dottrina, un rito speciale di tutela differenziata”.

<sup>55</sup> Cfr. nota 4.

interlocutoria che ammetteva la prova testimoniale nell'ambito della giurisdizione esclusiva su urbanistica ed edilizia, per accertare la data di effettiva ultimazione di opera abusiva al fine del condono edilizio (<sup>56</sup>).

### *3. Il codice del processo amministrativo*

L'ultima tappa è stata inaugurata dal codice del processo amministrativo, il quale ha previsto la generale ammissibilità della prova testimoniale da parte del g.a.

Nella relazione al codice si legge che “non si è ritenuto di recepire la condizione posta dalla Commissione Giustizia della Camera, che aveva chiesto di escludere la prova testimoniale per i giudizi elettorali, suscitando tale limitazione perplessità di ordine costituzionale. Aggiungasi che le modalità previste (assunzione solo in forma scritta) ben si adeguano al carattere documentale del processo amministrativo, per il quale non si è inteso recepire il principio civilistico dell'oralità”.

#### *3.1. Accordo delle parti*

La prima questione giuridica che si pone è verificare se, per quanto riguarda l'accordo, l'art. 257-*bis*, comma 1, c.p.c. sia derogato dall'art. 63, comma 3, c.p.a.

---

<sup>56</sup> Il riferimento è a Tar Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 28 febbraio 2001 n. 1540, in *Urb. e app.*, 2001, 902, con nota di SICA, cit.

L'art. 257-bis, comma 1, c.p.c. prescrive l'accordo delle parti come condizione per l'assunzione della deposizione in forma scritta (<sup>57</sup>).

Occorre l'accordo delle parti anche nel processo amministrativo?

Sul punto, l'unica voce scettica è quella di Franco Gaetano Scoca, secondo cui, posto che la risposta più semplice è quella negativa, “ove però si consideri che la prova testimoniale resa per iscritto ha una efficacia probatoria superiore alle dichiarazioni o attestazioni che ciascuna parte può produrre in giudizio (e che sono considerati indizi e non prove), si può anche ritenere che l'istanza di una parte non sia sufficiente e che occorra che anche le altre parti siano d'accordo” (<sup>58</sup>).

La dottrina prevalente propende per la tesi negativa, a cui riteniamo di aderire.

Si è detto che, alla luce del tenore letterale dell'art. 63, comma 3, c.p.a., l'ammissibilità della prova testimoniale nel processo amministrativo prescinde dall'accordo delle parti (<sup>59</sup>): ai fini dell'ammissione è sufficiente l'istanza di parte (<sup>60</sup>), oltre che,

---

<sup>57</sup> Sulla non necessità del accordo nel processo civile si vedano le interessanti osservazioni di CORSINI, cit., 861.

<sup>58</sup> SCOCA, cit., 545.

<sup>59</sup> Cfr. BRIANI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013, 348 ss.

<sup>60</sup> Cfr. DI MODUGNO, cit., 617, secondo cui “appare chiaro che il citato art. 257-bis, comma 1, c.p.c. non è applicabile nel processo amministrativo essendo evidentemente incompatibile con la previsione obbligatoria della testimonianza in forma scritta di cui all'art. 63, comma 3, c.p.a.”.

naturalmente, l'ordinanza istruttoria di ammissione della prova<sup>(61)</sup>.

Si è rilevato inoltre che, poiché nel processo amministrativo l'unica possibilità di testimonianza è quella scritta, evidentemente deve ritenersi che l'accordo delle parti non sia necessario<sup>(62)</sup>.

Dunque, nel processo amministrativo non sembra possibile subordinare l'assunzione in forma scritta all'accordo delle parti<sup>(63)</sup>.

In conclusione, mentre nel processo civile è necessario l'accordo delle parti, nel processo amministrativo è sufficiente la mera istanza di parte<sup>(64)</sup>.

### 3.2. *Discrezionalità del giudice*

La seconda questione giuridica che si pone è chiarire se l'assunzione della prova testimoniale in forma scritta dipenda dall'apprezzamento del giudice.

Mentre in sede civile, come si è visto (par. 1.2), l'assunzione della prova testimoniale in forma scritta è subordinata a un apprezzamento del giudice, il tenore letterale dell'art. 64, comma

---

<sup>61</sup> Cfr. CHIZZINI-BERTONAZZI, *L'istruttoria*, in VILLATA-SASSANI (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 713.

<sup>62</sup> Cfr. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, 222.

<sup>63</sup> DI MODUGNO, *La prova*, in VILLATA-SASSANI (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 616.

<sup>64</sup> Cfr. DE NICTOLIS, cit., 1009.

3, c.p.a. sembra escludere la discrezionalità del g.a. <sup>(65)</sup>, ferme restando le relative valutazioni in tema di rilevanza della prova.

### 3.3. *Facoltà di sentire il testimone di persona*

La terza questione giuridica che si pone concerne l'applicabilità dell'art. 257-*bis*, ult. co., c.p.c. nel processo amministrativo.

Il g.a., esaminate le risposte, ha la facoltà di chiamare a deporre il testimone davanti a lui?

Secondo la tesi affermativa, il rinvio al c.p.c. contenuto nell'art. 63, comma 3, c.p.a., indurrebbe ad escludere l'applicabilità della disciplina processualcivilistica solo se espressamente derogata dal c.p.a. <sup>(66)</sup>; di qui, l'ammissibilità della facoltà di chiamare a deporre il teste nel processo amministrativo <sup>(67)</sup>.

Anche autorevole dottrina ha sostenuto la tesi affermativa, più garantista: “benché l'intenzione sottesa alla formulazione dell'art. 63 è sicuramente da individuare nella volontà di evitare le testimonianze orali, a mio avviso la facoltà di sentire di persona il testimone non può essere esclusa, se si vuol dare alla prova testimoniale il rilievo che merita. È chiaro che tanto comporta la fissazione di una o più udienze istruttorie” <sup>(68)</sup>.

---

<sup>65</sup> Cfr. TRAVI, cit., 269.

<sup>66</sup> Cfr. BRIANI, cit., 348 ss.

<sup>67</sup> Cfr. DE NICTOLIS, cit., 1008.

<sup>68</sup> SCOCA, cit., 545.

In altre parole, l'espressione "sempre", contenuta nel testo dell'art. 63, comma 3, c.p.a. non dovrebbe costituire un impedimento assoluto al riguardo <sup>(69)</sup>.

Per la tesi negativa, il tenore letterale dell'art. 63, comma 3, c.p.a. deporrebbe nel senso della obbligatorietà della forma scritta, e dunque dell'impossibilità dell'assunzione in forma orale <sup>(70)</sup>.

Di conseguenza, anche l'art. 257-*bis*, ult. co., c.p.c. verrebbe derogato dall'art. 63, comma 3, c.p.a., "attesa la volontà del legislatore di precludere l'ingresso nel processo amministrativo di testimonianze orali" <sup>(71)</sup>.

Peraltro, si è molto opportunamente rilevato che l'applicazione dell'art. 257-*bis*, ult. co., c.p.c. sarebbe "utile a mitigare, sia pure solo parzialmente, il rischio che nella deposizione scritta il testimone sia influenzato (per non dire sostituito) dalla parte o dal difensore e non si comprende perché non sia stata richiamata dalle norme sul processo amministrativo" <sup>(72)</sup>.

Sulla base degli argomenti esposti, a nostro avviso deve propendersi per la tesi negativa <sup>(73)</sup>, in quanto il dato normativo resta insuperabile in via interpretativa.

---

<sup>69</sup> Cfr. DI MODUGNO, cit., 617.

<sup>70</sup> Cfr. GALLO, cit., 222; DI MODUGNO, cit., 617.

<sup>71</sup> CHIZZINI-BERTONAZZI, cit., 714; CHIRULLI, cit., 547.

<sup>72</sup> CHIRULLI, cit., 547.

<sup>73</sup> Cfr. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, 269, secondo cui, nel processo amministrativo, "l'assunzione in forma scritta non sembra ammettere alternative".

### 3.4. Mancata costituzione della controparte

La quarta questione giuridica concerne il problema della contumacia.

Al riguardo deve tenersi presente che, mentre nel processo civile l'assunzione della prova testimoniale in forma scritta è alternativa e non sostitutiva della modalità tradizionale, l'ingresso della prova testimoniale nel processo amministrativo è avvenuto con la sola assunzione in forma scritta.

Ciò posto, in sede civile la dottrina ha rilevato che per parti deve intendersi "parti costituite" (<sup>74</sup>), e che la necessità di un "accordo" delle stesse comporta l'inammissibilità del mezzo istruttorio in caso di contumacia (<sup>75</sup>).

Nell'ambito del processo amministrativo, invece, la non necessità dell'accordo (par. 3.1) depone, *a contrario*, nel senso dell'ammissibilità del mezzo istruttorio anche quando le altre parti processuali non si costituiscono (ipotesi che, peraltro, appare di scuola).

---

<sup>74</sup> Cfr. TARUFFO, cit., 367, nota 268.

<sup>75</sup> Cfr. DE STEFANO, cit., 341. Di contrario avviso CORSINI, cit., 866, secondo cui "è anche prefigurabile un certo impiego della testimonianza scritta nelle cause contumaciali; sebbene non manchino diverse opinioni, siamo dell'avviso che l'art. 257-bis c.p.c., previa ovviamente una valutazione discrezionale del giudice "tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza", sia utilizzabile anche se una parte non si è costituita".

### 3.5. *Pubblico impiego*

La quinta questione giuridica che occorre esaminare concerne la compatibilità dell'art. 64, comma 3, c.p.a. con la sentenza Corte cost. n. 146 del 1987 (<sup>76</sup>).

Al riguardo, è stato osservato che se l'art. 63, comma 3, c.p.a. valesse ad introdurre limiti sostanziali all'accesso alla prova testimoniale nel processo amministrativo, risulterebbe illegittimo rispetto ai giudizi in materia di pubblico impiego (<sup>77</sup>).

La giurisprudenza amministrativa più attenta mostra di aver recepito le apprensioni della dottrina sul punto.

In una sentenza recente, infatti, si è molto opportunamente rimarcato che “in tema di controversia su diritti soggettivi compresi in una materia affidata alla giurisdizione esclusiva del g.a., pur se è vero che la formulazione letterale dell'art. 63, comma 3, c.p.a. in prima lettura potrebbe far ritenere che nel processo amministrativo è ammissibile solo la testimonianza scritta ai sensi dell'art. 257-*bis* c.p.c., tuttavia, una più compiuta ricostruzione del sistema codicistico amministrativo conduce a ritenere che il citato art. 63 abbia solamente introdotto la testimonianza (e dunque la testimonianza nella particolare forma scritta di cui all'art. 257-*bis* c.p.c.) nella sede generale di legittimità, senza impedire che, in sede di cognizione esclusiva su

---

<sup>76</sup> Cfr. CHIZZINI-BERTONAZZI, cit., 715; DE NICTOLIS, cit., 963.

<sup>77</sup> TRAVI, cit., 265.



diritti, trovi piena applicazione il metodo ordinario di acquisizione della prova testimoniale” (78).

### 3.6. *Efficacia probatoria*

Una ulteriore questione giuridica che si pone concerne l'efficacia probatoria della testimonianza assunta in forma scritta.

Su questo tema sono da condividersi le acute osservazioni che Gian Franco Ricci svolgeva per le prove atipiche, secondo cui “se è fondato ritenere che il rispetto del contraddittorio è fondamentale nella fase dell'assunzione della prova, non di meno che in quella della sua ammissione, risulta palese che tale principio è chiaramente eluso nell'ipotesi di una testimonianza formata stragiudizialmente, tanto più quando questa consiste, anziché nella narrazione del fatto, in una asettica risposta a dei quesiti che solo con molte difficoltà potranno rispecchiare le vicende di causa” (79).

Ricci proseguiva facendo risaltare che le parti “si trovano di fronte gli scritti dei terzi come una realtà confezionata *a priori*, senza che abbiano avuto alcuna *os ad loquendum* in ordine al modo in cui essi sono stati predisposti. Se si pensa poi che sulla loro formazione non ha potuto influire neppure la garanzia del giudice, si dovrà per forza arrivare alla conclusione che la loro

---

<sup>78</sup> Tar Calabria, Reggio Calabria, ord. 19 dicembre 2012 n. 737. Si veda altresì Tar Puglia, Bari, Sez. III, 14 gennaio 2011 n. 95.

<sup>79</sup> RICCI, *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999, 303 ss.

efficacia nel processo non può che essere particolarmente limitata”<sup>(80)</sup>.

E infine si domandava “quale obiettiva garanzia d’imparzialità possono offrire deposizioni del genere, formate senza la presenza del giudice, su iniziativa esclusiva di una sola delle parti e delle quali l’avversario contesta la veridicità? Quale strumento ha il giudice, in assenza di ogni altra prova di riscontro, per controllare se tali dichiarazioni stragiudiziali sono veritiere o meno? In sostanza, volere attribuire agli scritti di terzi la forza di potere decidere autonomamente la lite, significherebbe equipararli in tutto e per tutto alle testimonianze giudiziali che si formano invece nel contraddittorio delle parti e al cospetto del giudice, il quale può usare tutti i poteri per controllarne l’attendibilità”<sup>(81)</sup>.

Peraltro, è pur vero che “anche laddove la testimonianza sia assunta oralmente, la sua valutazione è spesso condizionata dall’incompletezza degli elementi che, invece, sarebbero a tal fine necessari, e ciò in quanto le modalità di assunzione della prova, in cui spesso o manca di fatto il contatto diretto tra il giudice ed il testimone o, comunque, non è rispettato il principio di concentrazione, sono tali da non consentire l’acquisizione di tutte le conoscenze del teste e di tutti gli elementi che potrebbero condizionarne l’attendibilità. Da ciò la conclusione che il giudice deriverebbe le proprie convinzioni non dalla testimonianza in

---

<sup>80</sup> RICCI, cit., 413.

<sup>81</sup> RICCI, cit., 414.

tutta la sua concretezza ma dalla sua immagine incompleta, standardizzata, fredda e semplificata che risulta dal verbale di udienza, ossia da un documento in cui si perde la completezza del fenomeno, quale si estrinseca anche nella condotta del testimone (eventualmente evidenziata da esitazioni e contraddizioni)”<sup>(82)</sup>.

Inoltre, se per il processo civile si può dire che l’introduzione della testimonianza scritta rappresenta l’espreso riconoscimento della rilevanza di prove formate “se non in radicale assenza di contraddittorio, quantomeno con un contraddittorio attenuato o posticipato”<sup>(83)</sup>, questo non può predicarsi per il processo amministrativo (a meno che - in una prospettiva *de jure condendo* - non si assegni al giudice la facoltà di sentire di persona il teste).

In conclusione, i limiti intrinseci che caratterizzano la prova testimoniale assunta in forma scritta appaiono davvero evidenti, e la sua attendibilità risulta obiettivamente limitata, essendo minore anche di quella, già scarsa, della testimonianza orale<sup>(84)</sup>.

---

<sup>82</sup> CREVANI, cit., 351 ss.

<sup>83</sup> COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, cit., 87 ss.

<sup>84</sup> Cfr. CHIRULLI, cit., 546 ss.

## BIBLIOGRAFIA

ABBAMONTE G., *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1985, 504 ss.;

ACQUARONE L., *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 155 ss.;

ANDREANI A., *L'istruzione nel processo davanti ai tribunali amministrativi regionali: esperienze e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 479 ss.;

ANDRIOLI V., *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967, 329 ss.;

ANDRIOLI V., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Utet, Torino, 1967, 260 ss.;

ASPRELLA C., *La testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 849 ss.;

ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Cedam, Padova, 1991;

ATTARDI A., *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, 385 ss.;

AUER W., *Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren*, Diss. Mainz, München, 1963;

AZZARITI G., *Limitazione dei mezzi di prova e struttura del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur. cost.*, 1990, 1698 ss.;

BALENA G., *La riforma del processo di cognizione*, Jovene, Napoli, 1994;

BATTAGLIA V., *Sull'onere del convenuto di "prendere posizione" in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1512 ss.;

- BENVENUTI F., *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 204 ss.;
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953;
- BENVENUTI F., *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, 776 ss.;
- BERG W., *Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980;
- BERTONAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Giuffrè, Milano, 2005;
- BESSO C., *La prova prima del processo*, Giappichelli, Torino, 2004;
- BETTI E., *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 53 ss.;
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1950;
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Foro italiano, Roma, 1936;
- BETTI E., *Diritto romano*, I, Cedam, Padova, 1935;
- BOMBARDELLI M., *Autocertificazione*, in *Enc. giur.*, V, Treccani, Roma, 1996, 1 ss.;
- BRIANI R., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013;
- BRUNETTI G., *Norme e regole finali nel diritto*, 1913, rist. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1979;
- BRUNI A., *Mezzi di prova*, in SANINO M. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Utet, Torino, 2011, 275 ss.;
- BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Giappichelli, Torino, 2001;
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 2003;
- CAMMEO F., *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, III, 102 ss.;

- CANNADA BARTOLI E., *Processo amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Utet, Torino, 1966, 1085 ss.;
- CAREDDA V., *Onere*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. \*\*\*\*\**, Utet, Torino, 2013, 428 ss.;
- CARIOLA A., *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1 ss.;
- CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Giuffrè, Milano 1951, 695 ss.;
- CARNELUTTI F., *La prova civile*, 1915, rist. Giuffrè, Milano, 1992;
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Foro italiano, Roma, 1951;
- CARNELUTTI F., *Studi di diritto processuale*, I, Cedam, Padova, 1925;
- CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1995;
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013;
- CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1956;
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss.;
- CEA C. M., *La testimonianza scritta*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 133 ss.;
- CEA C. M., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268 ss.;
- CEA C. M., *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 173 ss.;
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 485 ss.;
- CHIARLONI S., *Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 389 ss.;

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, 1923, rist. Jovene, Napoli, 1980;

CHIRULLI P., *L'istruttoria*, in CARANTA R. (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Zanichelli, Bologna, 2011, 521 ss.;

CHIZZINI A., *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal D. Lgs. 80/1998 e dalla L. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 872 ss.;

CHIZZINI A. - BERTONAZZI L., *L'istruttoria*, in VILLATA R. - SASSANI B. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 659 ss.;

CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile, I, La contestazione tra norme e sistema*, Giuffrè, Milano, 1992;

CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile, II, La non contestazione: caratteri ed effetti*, Giuffrè, Milano, 1993;

CIPRIANI F., *Lodovico Mortara e il silenzio delle parti*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 223 ss.;

COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Utet, Torino, 2010;

COMOGLIO L. P., *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., I*, Utet, Torino, 1987, 272 ss.;

COMOGLIO L. - DELLA VEDOVA P. - LOMBARDI A. - MOSCATELLI F., *La nuova prova testimoniale: testimonianza scritta, decadenza dalla prova testimoniale, accompagnamento coattivo del teste*, Neldiritto, Roma, 2009;

CORSINI F., *La prova testimoniale assunta in forma scritta*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 856 ss.;

CORSO G., *Prova (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Treccani, Roma, 1992, 1 ss.;

CREVANI R., *L'istruzione probatoria*, in TARUFFO M. (diretto da), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, 325 ss.;

D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2013;

D'ALESSANDRO E., *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, Giappichelli, Torino, 2008;

D'ALESSIO F., *Le parti nel giudizio amministrativo*, Società editrice libraria, Roma, 1916;

D'ANGELO G., *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008;

DE GIORGI CEZZI G., *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 906 ss.;

DEGLI ESPOSTI A., *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 276 ss.;

DEGLI ESPOSTI A., *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, 25 ss.;

DEL CORE S., *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 273 ss.;

DEL CORE S., *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 111 ss.;

DE LISE P., *la prova nella procedura delle giurisdizioni amministrative*, in *Cons. Stato*, 1974, 954 ss.;

DE NICTOLIS R. (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Ipsoa, Milano, 2012;

DE STEFANO F., *Gli strumenti di prova e la nuova testimonianza scritta*, Giuffrè, Milano, 2009;

DE STEFANO G., *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 114 ss.;



- DE VITA F., *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, \*\*\*\*\*, Utet, Torino, 2010, 832 ss.;
- DI MODUGNO N., *La prova*, in VILLATA R. - SASSANI B. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 587 ss.;
- DONDI A., *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Utet, Torino, 1997, 40 ss.;
- DURANTE V., *Onere*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, Roma, 1991, 1 ss.;
- EKELÖF O., *Beweiswert*, in *Festschrift für Fritz Baur*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1981;
- EKELÖF O., *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, Bd. 75, 289 ss.;
- ENGISCH K., *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1983;
- FABIANI E., *Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 823;
- FOLLIERI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1012 ss.;
- FORNACIARI M., *Questioni controverse in tema di prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1100 ss.;
- FRUS G., *Note sull'onere del convenuto di "prendere posizione" nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 92 ss.;
- FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Cedam, Padova, 1940;
- GALLO C. E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012;
- GALLO C. E., *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1994;
- GALLO C. E., *Prova testimoniale e processo amministrativo di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 582 ss.;

- GARBAGNATI E., *Il procedimento d'ingiunzione*, Giuffrè, Milano, 1991;
- GARDINI G., *Autocertificazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., \*\*, Utet, Torino, 2005, 107 ss.;
- GAVAZZI G., *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013;
- GELATO P., *Onere*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Utet, Torino, 1995, 59 ss.;
- GIANI L., *La fase istruttoria*, in SCOCA F. G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013;
- GIARDINO E., *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti (nota a Tar Campania, Napoli, Sez. V, ord. 5 maggio 2011 n. 2541)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1317 ss.;
- GIACOLI DAMIANI DI VERGADA V., *Il sistema delle prove nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1971;
- GLENDI C. - PATTI S. - PICOZZA E., *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, Giappichelli, Torino, 1986;
- GORLA G., *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, II, 24 ss.;
- GRUNSKY W., *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Gieseking, Bielefeld, 1974;
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1957;
- HUFEN F., *Verwaltungsprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2011;
- IRTI N., *Due saggi sul dovere giuridico*, Jovene, Napoli, 1973;
- LAMBERTI C., *Mezzi di prova*, in CARINGELLA F. - PROTTO M., *Codice del nuovo processo amministrativo*, Dike, Roma, 2012, 609 ss.;

LASCHENA R., *L'istruzione nel processo amministrativo. Profili generali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Istituto poligrafico, Roma, 1981, 1811 ss.;

LA TORRE M., *Il sistema delle prove avanti il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale*, in *Studi in occasione del Centenario del Consiglio di Stato*, III, Istituto poligrafico, Roma, 1932, 495 ss.;

LEIPOLD D., *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß*, de Gruyter, Berlin u.a., 1985;

LEIPOLD D., *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Duncker & Humblot, München, 1966;

LENT F., *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, Bd. 67, 344 ss.;

LEONHARD F., *Die Beweislast*, Vahlen, Berlin, 1926;

LESSONA C., *Della esperibilità delle prove semplici nei giudizi avanti la IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1894, II, 25 ss.;

LESSONA C., *La ammissibilità delle prove semplici, ed in specie del giuramento decisorio, in sede di giustizia amministrativa*, in *Foro it.*, 1896, III, 55 ss.;

LESSONA C., *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, Cammelli, Firenze, 1904;

LIPARI M., *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000. La trasformazione del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 55 ss.;

LOIODICE A., *Conoscibilità dell'attività amministrativa e difesa giudiziaria*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1967, 248 ss.;

LUBRANO F., *Osservazioni sui provvedimenti istruttori del giudice nel giudizio amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1971, 287 ss.;

LUGO A., *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 1055 ss.;

LUGO A., *Considerazioni sulla istruzione nel processo amministrativo*, in *Riv. amm.*, 1977, 413 ss.;

LUHMANN N., *Legitimation durch Verfahren*, Luchterland, Neuwied-Berlin, 1978;

LUISO F. P., *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 328 ss.;

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2012;

MANDRIOLI C., *Le modifiche del processo civile*, Giuffrè, Milano, 1991;

MARCHIANÒ G., *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 157 ss.;

MAUCERI F., *L'audizione per testi per iscritto (testimonianza resa mediante moduli o formulari)*, in AA. VV., *Il diritto delle prove. Atti del convegno di Catania, 22-22 novembre 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, 277 ss.;

MICHELI G. A., *L'onere della prova*, 1942, rist. Cedam, Padova, 1966;

MIGLIORINI L., *Istruzione*, V) *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX Treccani, Roma, 1990, 1 ss.;

MIGLIORINI L., *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Cedam, Padova, 1977;

MONTELEONE G., *Il processo societario innanzi alla Corte costituzionale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, 169 ss.;

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Vallardi, Milano, 1905;

MUSIELAK H.-J., *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, de Gruyter, Berlin-New York, 1975;

MUSIELAK H.-J. - STADLER M., *Grundfragen des Beweisrechts*, C. H. Beck, München, 1984;

MOCCI M., *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 316 ss.;

- MONTESANO L., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189 ss.;
- NIERHAUS M., *Beweismaß und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß*, Vahlen, München, 1989;
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002;
- NIGRO M., *Domanda (principio della) - Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Treccani, Roma, 1989, 1 ss.;
- NIGRO M., *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1967, V, 9 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1996, 683 ss.;
- ORLANDO V. E., *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Libreria, Milano, 1901;
- PALERMO A., *Onere*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Utet, Torino, 1965, 915 ss.;
- PATTI S., *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. n. 1/2011, 75 ss.;
- PATTI S., *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2010;
- PATTI S., *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 481 ss.;
- PESCE G., *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003;
- PESCHAU H.-H., *Die Beweislast im Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983;
- POHLE R., *Zur Beweislast im internationalen Recht*, in *Festschrift für Hans Döle*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1963, II, 317 ss.;
- PRÜTTING H., *Gegenwärtsprobleme der Beweislast*, C. H. Beck, München, 1983;
- PICOZZA E., *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 869 ss.;
- PIRAS A., *Brevi note sulla posizione del giudice nell'istruzione*, in *Jus*, 1956, 498 ss.;

PROTO PISANI A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 603 ss.;

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2002;

PUGLIATTI S., *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, 45 ss.;

PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 452 ss.;

RASCIO N., *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corr. giur.*, 2010, 1243 ss.;

RASCIO N., *Note brevi sul "principio di non contestazione" (a margine di una importante sentenza)*, in *Dir. e giur.*, 2002, 83 ss.;

REALI G., *La non contestazione nel giusto processo civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 227 ss.;

RESCIGNO P., *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 133 ss.;

RESTA R., *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Cedam, Padova, 1940, 103 ss.;

RICCI G. F., *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999;

RICCI G. F., *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1036 ss.;

ROSENBERG L., *Die Beweislast*, C. H. Beck, München-Berlin, 1965;

ROSENBERG L., *Die Beweislast*, Liebmann, Berlin, 1923;

ROSENBERG L., *Die Beweislast*, Liebmann, Berlin, 1900;

ROSENBERG L. - SCHWAB K.-H. - GOTTWALD P., *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2010;

SACCO R., *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 399 ss.;

SAITTA F., *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1 ss.;

SALVATORE P., *Il sistema probatorio del processo amministrativo e le direttrici della riforma*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Giuffrè, Milano, 1991, 517 ss.;

SANTACROCE G., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, 24 gennaio 2014;

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 1966, rist. Jovene, Napoli, 2002;

SCALAMOGNA M., *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss.;

SCHWAB K.-H., *Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Heymanns, Köln u.a., 1978, 505 ss.;

SCOCA F. G., *Il modello processuale*, in SCOCA F. G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, 145 ss.;

SCOCA F. G., *Mezzi di prova*, in QUARANTA A. - LOPILATO V., *Il processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, 535 ss.;

SCOZZAFAVA O. T., *Onere (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 99 ss.;

SICA M., *Prova testimoniale e processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, 902 ss.;

SINAGRA L., *I caratteri istruttori del processo amministrativo. La sentenza n. 146/1987 della Corte costituzionale. Analisi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 237 ss.;

SONNTAG A., *Die Beweislast bei Drittbetroffenenklagen*, Lang, Frankfurt am Main u.a., 1986;

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss.;

TARUFFO M., *Art. 115 c.p.c.*, in CARRATTA A. - TARUFFO M., *Poteri del giudice*, Zanichelli, Bologna, 2011, 447 ss.;

TARUFFO M., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. n. 1/2011, 101 ss.;

TARUFFO M., *Introduzione: le ultime riforme della giustizia civile*, in TARUFFO M. (diretto da), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, 1 ss.;

TARUFFO M., *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. n. 3/2008, 69 ss.;

TARUFFO M., *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 794 ss.;

TARUFFO M., *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Utet, Torino, 1995, 65 ss.;

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992;

TARUFFO M., *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 729 ss.;

TARUFFO M. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 3 ss.;

TEDOLDI A., *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.;

TENTOLINI O., *La prova amministrativa*, Bocca editori, Milano, 1950;

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014;

TROPEA G., *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1142 ss.;

ULE C. H., *Buchbesprechung von Wilfried Berg, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissen Sachverhalt*, in *DVBl.*, 1981, 422 ss.;



- VALENSISE B., *Brevi osservazioni sul sistema delle prove*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1008 ss.;
- VALLEBONA A., *Allegazione e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006;
- VALLEBONA A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988;
- VENEZIANO S., *I nuovi mezzi probatori nella giurisdizione di legittimità e nella giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 180 ss.;
- VERDE G., *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Treccani, Roma, 1989, 1 ss.;
- VERDE G., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 579 ss.;
- VERDE G., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 220 ss.;
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Jovene, Napoli, 1974;
- VILLATA R., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 209 ss.;
- VILLATA R., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 201 ss.;
- VIRGA G., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1991;
- VIRGA G., *Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 115 ss.;
- WAHRENDORF V., *Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht*, Heymanns, Köln u.a., 1976;
- WITTMANN J., *Zu den Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Verwaltungsprozeß*, in *BayVBl.*, 1987, 744 ss.;

WOLFF J. - BACHOF O., *Verwaltungsrecht*, I, C. H. Beck, München, 1974;

ZOPPELLARI M., *La prova testimoniale nel nuovo processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1353.