

Brevi note in materia di differenze tra il contenzioso-amministrativo spagnolo e processo amministrativo italiano con cenni, in particolare, all'istruttoria e all'onere della prova

Giovanna Pileri

SOMMARIO: 1. I tratti essenziali del contenzioso amministrativo spagnolo e differenze principali con il processo amministrativo italiano. 2. La fase istruttoria e i relativi poteri del giudice amministrativo spagnolo. 3. L'onere della prova. 4. Alcune riflessioni sul presunto carattere inquisitorio dei poteri istruttori del giudice amministrativo spagnolo e sulla loro compatibilità con il riparto dell'onere probatorio.

1. *I tratti essenziali del contenzioso amministrativo spagnolo e differenze principali con il processo amministrativo italiano*

Gli ordinamenti processuali italiano e spagnolo sono caratterizzati da molti tratti comuni, tuttavia per quanto concerne il settore della giustizia amministrativa, il *contencioso-administrativo* iberico presenta alcuni rilevanti elementi di differenziazione rispetto al processo amministrativo italiano¹: in questa sede si è ritenuto di doversi soffermare maggiormente sulla fase istruttoria e, in particolar modo, sul riparto dell'onere della prova.

Prima di esaminare tali specifici aspetti, è comunque doveroso fornire rapidi cenni in merito all'evoluzione storica del contenzioso spagnolo e, in seguito, ai principali elementi che lo distinguono dal processo italiano.

In origine anche la giurisdizione amministrativa spagnola aveva subito l'influenza del modello francese tanto che, nel 1845 con le leggi del 2 e 6 aprile, le decisioni in tale materia furono riservate al re di concerto con il Governo e pre-

¹ Sul punto si veda L. Belviso, *Il processo amministrativo in Italia e Spagna: un hermano gemelo di quello italiano?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 98 ss., spec. 133 sulla manifesta diversità dei due processi.

vio parere del Consiglio reale (organo anteriore al Consiglio di Stato): il provvedimento adottato in questi casi prendeva il nome di *Real decreto sentencia*². Tale sistema rimase sostanzialmente immutato – fatta eccezione per un breve lasso di tempo coincidente con la rivoluzione del 1868 in cui il controllo sulla legalità dell'azione amministrativa venne attribuito ai tribunali³ – sino alla promulgazione della Legge del 13 settembre del 1888 a cura del giurista Vincente Santamaria De Paredes⁴. A quest'ultimo studioso va, infatti, attribuita la concezione «armonica» della composizione dei tribunali del *contencioso-administrativo* ove tale termine indica l'appartenenza di una parte dei membri dell'organo giurisdizionale alla magistratura e per quella restante all'Amministrazione⁵. Questa soluzione rappresentava un compromesso tra il modello francese e l'antecedente spagnolo e si articolava in due distinti organi giurisdizionali: il Tribunale provinciale del contenzioso amministrativo e il Tribunale nazionale che consisteva in una *sala* del Consiglio di Stato⁶. L'adozione del modello armonico si può, dunque,

² L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, XXXI ed., 2020, spec. 541 ss.; sul punto si veda anche J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, I, XIII ed., Navarra, 2019, spec. 444 ss. Sebbene dalla denominazione del provvedimento sembri potersi desumere la provenienza monarchica dello stesso, si ravvisano alcune similitudini con il ricorso gerarchico francese che prevedeva l'emanazione del provvedimento da parte del Capo dello Stato, sentito il parere del *Conseil d'Etat*. Tuttavia, nei fatti l'organo che decideva la questione controversa era proprio il *Conseil d'Etat*, poiché il Capo dello Stato si limitava soltanto ad uniformarsi al parere espresso da quest'ultimo. In tal senso A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, 2024, 7 ss.

³ Si veda sul punto L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 541 ss. Sempre sulla base di tale bibliografia, si segnala anche che in precedenza fu adottato il modello interamente giurisdizionale anche con la Costituzione di Cadice del 1812.

⁴ Vincente Santamaria De Paredes (Madrid, 17 maggio 1853 – Ivi, 26 gennaio 1924), fu il titolare della cattedra di *Derecho Político y Administrativo* presso l'Università di Valencia e successivamente presso l'Università Complutense a Madrid, ove rimase sino al termine della sua carriera. Le sue opere principali sono: *Curso de Derecho Político, según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente* (Valencia, 1880-1881); *Curso de Derecho Administrativo según principios generales y la legislación actual de España* (Madrid, 1885). Come si dirà a breve, egli prese parte (e ne fu anche l'ispiratore) alla Commissione del Congresso dei Deputati per la riforma del contenzioso amministrativo spagnolo. Nel suo discorso a difesa del progetto, innanzi alla Commissione, sancì i tre punti cardine della riforma: la delimitazione della materia contenzioso amministrativa come quella consistente nella sola attività regolamentata (e quindi vincolata) dell'Amministrazione; la composizione mista dei tribunali amministrativi (c.d. concezione armonica); il rito processuale che doveva essere seguito da tali tribunali. Maggiori riferimenti sulla figura di Santamaria De Paredes possono essere reperiti al seguente *link* collegato al Ministero della scienza, dell'innovazione e dell'Università della Spagna: <https://historia-hispanica.rah.es/biografias/40989-vicente-santamaria-de-paredes>.

⁵ Pur se l'economia del presente lavoro non consente una trattazione approfondita, è necessario segnalare il noto scambio di (divergenti) vedute tra José Ramón Parada Vázquez e Alejandro Nieto nella *Revista de Administración Pública*, tra il 1968 e 1969. In particolare, la disputa tra i due verteva sull'origine del contenzioso amministrativo spagnolo e sulla concezione c.d. «*Revisora*» di cui si parlerà a breve. Per i riferimenti si veda J.R. Parada, *Privilegio de la decisión ejecutoria y proceso contencioso*, in *RAP*, n. 55, 1968, 65 ss.; A. Nieto, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo Contencioso-administrativo*, ivi, n. 57, 1968, 9 ss.; J.R. Parada, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, ivi, n. 59, 1969, 41 ss.

⁶ Il Tribunale provinciale era composto dal presidente, due magistrati e due deputati provinciali; il Tribunale nazionale, invece, era composto dal presidente e undici consiglieri, di cui tre dovevano possedere i requisiti per essere nominati giudici nel *Tribunal Supremo*.

intravedere tanto nella composizione del Tribunale provinciale, quanto nell'unitarietà del sistema, poiché mentre il Tribunale provinciale seguiva il modello giurisdizionale, il Tribunale nazionale recepiva il modello francese, in cui rivestiva un ruolo predominante il parere del Consiglio di Stato. Successivamente, la Legge del 5 aprile 1904 – c.d. *Ley Maura-Silvela* – trasformò la *Sala* del Consiglio di Stato in una nuova *Sala del Tribunal supremo* e ne modificò la composizione riducendola a otto membri; lo stesso provvedimento modificò anche il criterio di riparto della giurisdizione, passando dall'elenco di materie attribuite alla giurisdizione amministrativa all'adozione di una clausola generale di attribuzione, secondo la quale erano di competenza di tali organi tutte le controversie concernenti provvedimenti amministrativi che recavano un nocumento ai diritti soggettivi⁷. Per quanto attiene maggiormente al tema della fase istruttoria, è doveroso segnalare che con la Legge del 1888 gli accertamenti effettuati dall'Amministrazione nell'ambito del procedimento amministrativo erano direttamente recepiti in sede di contenzioso alla stregua di prove e, dato che la loro ripetizione era considerata ridondante, questi non erano oggetto di alcuna verifica: tale prassi era il frutto della c.d. concezione «*revisora*» della giurisdizione amministrativa, secondo la quale nella fase del contenzioso non era ritenuta necessaria l'assunzione di alcuna prova poiché la finalità di quest'ultimo era limitata, appunto, ad una mera revisione del potere amministrativo esercitato⁸.

Questa situazione perdurò sino al 1956, ossia l'anno in cui venne adottata la legge che, per la prima volta, disciplinava interamente il contenzioso amministrativo. Nella parte introduttiva, comunemente denominata *preámbulo*, sono riportate in modo chiaro, sintetico e discorsivo le motivazioni che hanno portato a riformare la giurisdizione amministrativa e che, in questa sede, possono essere riassunte nei mutamenti di carattere sociale e giuridico che si sono susseguiti dal 1888 in poi e nei conseguenti propositi di riforma pervenuti dalla magistratura, dall'avvocatura e anche dalla dottrina⁹. Questo provvedimento, sebbene non abbia modificato il sistema armonico, ha delineato i tratti principali dell'odierna giurisdizione amministrativa spagnola, ponendosi la finalità di tutelare il cittadino dagli atti dell'Amministrazione lesivi dei suoi interessi e, di riflesso, anche quella di controllare la legalità dell'azione amministrativa. Ulteriori

⁷ Su tali punti si rinvia a E. García de Enterría, T. Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, II, XVII ed., Navarra, 2022, 592 ss.; L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 541 e J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 445.

⁸ N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, Madrid, 1992, spec. 7 ss.; C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, in REDA, 2014, par. 1.

⁹ Si veda *Ley de 27 de diciembre 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa*, pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado*, n. 363, 28 dicembre 1956, 8138. La Legge è stata successivamente oggetto di modifiche.

elementi significativi introdotti allora e tuttora vigenti sono l'attribuzione della natura giurisdizionale all'ordinanza emessa a seguito del procedimento¹⁰ e il rinvio per quanto non espressamente disciplinato alla *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC)¹¹. Per quanto concerne la fase istruttoria, si segnala una lieve attenuazione della concezione *revisora* che è chiaramente desumibile dal *preámbulo* alla legge, secondo il quale sebbene le prove raccolte durante la fase istruttoria del procedimento siano utilizzabili anche in sede processuale, il contenzioso amministrativo non rappresenti un riesame dell'istruttoria procedimentale, ma un autonomo grado di giurisdizione¹².

A seguito della caduta del regime, nel 1978 entrò in vigore l'attuale *Constitución*¹³ ove sono contenute alcune disposizioni che influiscono notevolmente sul contenzioso amministrativo. Segnatamente, assume un ruolo fondamentale l'art. 24 che sancisce, tra gli altri¹⁴, il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e interessi legittimi¹⁵, il diritto di difesa e di utilizzare i mezzi di prova più appropriati per realizzarlo¹⁶. Secondo l'opinione maggioritaria, l'introduzione dell'art. 24 CE ha sancito la fine della concezione *revisora* del contenzioso amministrativo spagnolo, poiché il diritto di chiedere l'assunzione di

¹⁰ Sul punto si rinvia a J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 446 ss.

¹¹ Sul punto si veda N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, cit., spec. 5 ss., il quale afferma che il contenzioso amministrativo spagnolo è fondato in parte sul processo civile.

¹² Si veda *Ley de 27 de diciembre 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa*, cit., spec. 8139; J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 446 ss.

¹³ In merito alla Costituzione spagnola del 1978 si segnalano le opere di Gregorio Peces-Barba, si vedano in particolare: G. Peces-Barba, *Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho*, RFDUC, 1980, 95 ss.; G. Peces-Barba e L. Prieto Sanchís, *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, Valencia, 1981.

¹⁴ Le altre disposizioni rilevanti sono l'art. 9.1 ove viene sancito che «I cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione e al rimanente ordinamento giuridico»; l'art. 103.1 secondo il quale «La Pubblica Amministrazione serve con obiettività gli interessi generali e agisce in conformità ai principi di efficienza, gerarchia, decentramento, deconcentrazione e coordinazione, con piena sottomissione alla legge e al Diritto» e il 106.1 «I Tribunali controllano la potestà regolamentare e la legalità dell'azione amministrativa, così come la corrispondenza di questa ai fini che la giustificano». È anche sancito il diritto ad un giudice precostituito per legge, al patrocinio legale, a essere informati dell'accusa formulata, a un processo pubblico senza indebite dilazioni e con tutte le garanzie, a non fare ammissioni contro sé medesimi, a non confessare la propria colpevolezza e alla presunzione di innocenza. Naturalmente, questi principi sono propri anche dell'ordinamento italiano e sono sanciti nella Costituzione agli artt. 111 ss.

¹⁵ Per una disamina sulle ripercussioni dell'art. 24 *Constitución* sul contenzioso amministrativo si rinvia a E. García De Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, spec. 51 ss. Inoltre, sotto questo punto di vista, l'ordinamento spagnolo si distingue da quello italiano nella parte in cui il principio di effettività non è sancito espressamente nella Costituzione, ma soltanto nel d.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) all'art. 1. Tuttavia, in Italia, si è soliti ricondurre l'effettività della tutela sotto l'ombrello dell'art. 24 Cost. anche se non mancano pronunce giurisprudenziali che ritengono detto principio compreso in altre disposizioni della Carta, sul punto si rinvia a M. Luciani, *Garanzia ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014.

¹⁶ Si vedano su tale articolo le sentenze Ss TC 11 settembre 1995, n. 131; 26 giugno 2000, n. 173 e 14 gennaio 2004, n. 1.

mezzi di prova ovvero introdurre elementi probatori nel giudizio è divenuto fondamentale e, pertanto, inderogabile¹⁷. Alcuni in dottrina non hanno mancato di sottolineare l'evidente coincidenza (anche nella numerazione) tra l'art. 24 *Constitución* e l'art. 24 della nostra Costituzione nella parte in cui garantiscono la tutela giurisdizionale ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi¹⁸ entrambe. Tuttavia, la similitudine si arresta alla sola formulazione letterale poiché dal punto di vista contenutistico e, segnatamente, tra i concetti di interesse legittimo italiano e spagnolo sussistono profonde differenze. Essendo il *contencioso-administrativo* un ramo della giurisdizione ordinaria, il cittadino spagnolo che si ritiene leso da un provvedimento emanato dall'*administración pública* è titolare di un diritto soggettivo, ossia di una tutela piena ed efficace mirata al ripristino della lesione sofferta; l'interesse legittimo nel modello spagnolo è la posizione giuridica soggettiva la cui titolarità deriva da una lesione di grado inferiore rispetto alla prima descritta e, per definirsi tale, è comunque necessario che tragga la propria origine dall'attività amministrativa (ad esempio l'interesse a che detta attività si svolga secondo la legge). Il diritto soggettivo, dunque, assume una posizione di preminenza nel *contencioso-administrativo*, lasciando la titolarità dell'interesse legittimo a soggetti che sono definiti terzi o, comunque, non destinatari specifici del provvedimento. Il *discrimen* tra le due figure è dato dal grado del pregiudizio patito: ad una lesione di tipo diretto che incida sulla sfera giuridico-patrimoniale del soggetto corrisponderà il diritto soggettivo onde garantire maggiormente l'effettività della tutela, mentre ad un suo coinvolgimento minore – ma da cui comunque deriva una pretesa tutelabile – conseguirà la titolarità dell'interesse legittimo e la conseguente legittimazione ad agire in giudizio. Il criterio distintivo appena riportato non consente una precisa delimitazione delle due figure e alcuni autori sono giunti alla conclusione che le due posizioni giuridiche soggettive hanno perso i tratti caratteristici che le differenziavano con la conseguenza che l'interesse legittimo in Spagna non rappresenta altro che una mera declinazione del diritto soggettivo¹⁹.

¹⁷ Così N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, cit., spec. 11; J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 446. Tuttavia in un articolo antecedente all'entrata in vigore della Constitución, la concezione revisionista si riteneva superata, si veda S. Muñoz Machado, *La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en la materia de sanciones administrativas*, in *REDA*, 1976, 734 ss.

¹⁸ Così L. Medina Alcoz, *El interés legítimo como situación activa del administrado. Razones para no importar la teoría italiana*, in *Intereses colectivos y legitimación activa*, di E. Carbonell Porras e R. Cabrera Mercado, Navarra, 2014, 257 ss., spec. 262.

¹⁹ Per quest'ultima considerazione, come anche per alcuni riferimenti di tipo storico, si veda D. Utrilla Fernández-Bermejo, *Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas*, in *Manual de derecho administrativo*, di F. Velasco Caballero e M. Mercè Darnaculleta Gardella, Madrid, 2024, 179 ss., spec. 187; L. Medina Alcoz, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, 2016, 153 ss. e la recensione di D. Utrilla Fernández-Bermejo, *LUIS MEDINA ALCOZ: Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, in *RAP*, 2017, 491 ss. Per considerazioni di più ampio spettro sull'interesse legittimo si veda J. Espinoza Espinoza, *Naturaleza Jurídica del Legítimo Interés hacia*

Proseguendo ancora con l'evoluzione del processo amministrativo spagnolo, gli ulteriori cambiamenti di carattere politico, sociale e amministrativo verificatisi in Spagna a seguito della caduta del regime franchista, furono la causa che portò, da ultimo, all'introduzione della *Ley* n. 29 del 13 luglio del 1998 (*reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, d'ora in poi LJCA) che sostituì la disciplina del 1956 e regola tutt'oggi il processo amministrativo²⁰.

Poste tali premesse di carattere storico, verranno ora esaminati i principali aspetti che contraddistinguono il *contencioso-administrativo* rispetto al processo amministrativo italiano: l'economia del presente studio non consente una disamina puntuale e, pertanto, l'analisi si soffermerà sulle discrepanze ritenute maggiormente rilevanti quali il criterio di riparto della giurisdizione, l'oggetto del giudizio e la competenza.

Come in Italia e Francia, anche in Spagna è presente il *Consejo de Estado*, ma per espressa previsione costituzionale questo è titolare della sola funzione consultiva suprema del governo²¹, senza avere alcun potere giurisdizionale che, invece, è attribuito a specifici organi di giustizia amministrativa i quali – come si è già avuto modo di accennare – rientrano nel complesso della giurisdizione ordinaria e si

el rescate de su Autonomía Conceptual, in *Derecho & sociedad*, 2001, 16, 287 ss. Quello che si è appena descritto è il punto di arrivo del percorso evolutivo in materia di interesse legittimo. Sebbene non sia questa a sede per approfondire l'articolata vicenda che ha portato alle teorie attuali, vale la pena di sottolineare il fatto che in Spagna l'introduzione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva autonoma e distinta dal diritto soggettivo non è stata vista favorevolmente dalla dottrina, poiché espressione di una logica autoritaria e di supremazia dell'amministrazione rispetto al cittadino. La tutela offerta a chi risultava titolare di un interesse legittimo non era ritenuta piena, dato che l'unico risultato che il privato poteva ottenere era l'annullamento dell'atto. Con l'entrata in vigore della *Constitución* del 1978, l'interesse legittimo è divenuto una mera specificazione del diritto soggettivo e, dunque, meritevole del medesimo grado di tutela: un ruolo decisivo verso questo cambio di paradigma, se così può essere definito, fu giocato da E. García De Enterría che nel 1975 qualificò l'interesse legittimo come «*derecho subjetivo reaccional*», ossia come un pregiudizio cagionato dall'amministrazione verso un privato che faceva sorgere un diritto soggettivo. Per maggiori riferimenti ed evoluzioni di questa teoria si veda ancora L. Medina Alcoz, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revision*, cit., 153 ss. Ad oggi, dunque, l'interesse legittimo non gode più di alcuna considerazione in Spagna, tanto che i riferimenti bibliografici su tema risultano essere un numero limitato e, per la maggior parte, volti al confronto con l'interesse legittimo italiano, così L. Medina Alcoz, *El interés legítimo como situación activa del administrado. Razones para no importar la teoría italiana*, in *Intereses colectivos y legitimación activa*, cit., 257 ss.

²⁰ *Ley* 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado*, n. 167, 14 luglio 1998, successivamente oggetto di modifiche. Più precisamente, le ragioni per cui si ritenne necessaria l'adozione di una nuova legge consistono nel progressivo sviluppo della società e nell'espansione e decentralizzazione dell'Amministrazione hanno portato ad un incremento della mole di contenzioso impossibile da gestire con il precedente sistema. Pertanto, era particolarmente sentita la necessità di un controllo legale sull'attività dell'Amministrazione e l'introduzione delle misure cautelari. Questo è quanto afferma il preambolo alla nuova disciplina.

²¹ Si veda l'art. 107 *Constitución*. Il *Consejo de Estado* ha origini risalenti nel tempo: fu istituito nel 1526 da Carlo V, era costituito da nobili e prelati di alto rango e aveva la funzione di rendere pareri alla monarchia spagnola in materia di politica estera. Il *Consejo de Estado*, tuttavia, è stato titolare di funzioni giurisdizionali dal 1845 al 1904, anno in cui venne attribuita la giurisdizione amministrativa alla Corte suprema.

pronunciano su controversie aventi come parte un'amministrazione pubblica²². Essendo, pertanto, un giudice ordinario «specializzato» le Corti amministrative in Spagna possono pronunciarsi indifferentemente tanto sulla lesione di diritti soggettivi quanto di interessi legittimi (questi ultimi nei termini sopra esplicitati). A tal proposito l'art. 1.1 LJCA afferma che il giudice amministrativo conosce degli atti dell'Amministrazione Pubblica soggetti al diritto amministrativo e sancisce che in tale dicitura sono comprese, in primo luogo, l'Amministrazione Generale e quelle territoriali dello Stato e, successivamente, alcune pretese derivanti da atti emanati da enti non elencati nel primo paragrafo, ma aventi ugualmente carattere pubblicistico²³. D'altro canto, è la stessa LJCA che disciplina puntualmente i (pochi) casi in cui la giurisdizione contenzioso-amministrativa è esclusa. Il primo di questi concerne le materie attribuite espressamente alla giurisdizione civile e penale e le questioni aventi ad oggetto diritti sociali o politici, anche se originate da un provvedimento amministrativo²⁴; sono del pari esclusi i ricorsi aventi ad oggetto provvedimenti disciplinari militari, i conflitti di giurisdizione tra Corti e Pubblica Amministrazione e i conflitti di competenza tra amministrazioni diverse; infine, sono esclusi i ricorsi presentati contro le leggi fiscali delle Assem-

²² L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 542; F. Ruiz Risueño España, *El proceso Contencioso-administrativo*, XII ed., Navarra, 2022, cap. III, par. 1, b).

²³ Con la finalità di agevolare il lettore si riporta il testo integrale dell'articolo citato: «1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

2. Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

a) La Administración General del Estado.

b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

c) Las Entidades que integran la Administración local.

d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General».

Sugli atti che ricadono nella giurisdizione amministrativa si veda anche J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 450 ss. Il successivo art. 2 LJCA contempla altre fattispecie che possono essere oggetto di un'ordinanza contenzioso-amministrativa e si ritiene sia integrativo dell'art. 2, si veda sul punto E. Espín Templado, *Comentario all'art. 1 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, a cura di E. Espín Templado, Valencia, 2016, 15 ss.

²⁴ Tuttavia, qualora in un giudizio dinanzi alla giurisdizione amministrativa, sorga una questione pregiudiziale o incidentale che concerna il diritto civile o sociale (restando escluse le questioni penali, costituzionali e quelle vertenti su trattati internazionali), il giudice potrà comunque pronunciarsi sul punto. Così J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 453.

blee Generali dei Territori Storici dei Paesi baschi²⁵. Per quanto concerne gli atti di governo²⁶, questi a parere della dottrina e dello stesso preambolo della LJCA sono sindacabili da parte degli organi di giustizia amministrativa con alcune eccezioni²⁷ diversamente rispetto all'Italia, ove l'art. 7 c.p.a. sancisce l'insindacabilità degli atti del governo nell'esercizio del potere politico, secondo la logica della separazione dei poteri²⁸.

Sinteticamente, per quanto concerne invece l'oggetto del giudizio, è opinione pressoché condivisa che nel contenzioso amministrativo spagnolo questo sia rappresentato dalla pretesa fatta valere ossia, più precisamente, dal diritto soggettivo proprio del ricorrente e ritenuto leso dall'azione amministrativa²⁹. Questa concezione ampia dell'oggetto del giudizio può essere considerata come un precipitato dell'introduzione del principio di effettività a cui si è brevemente accennato *supra*, poiché la finalità della giurisdizione amministrativa è tutelare le situazioni giuridiche soggettive del privato, ossia i suoi interessi³⁰ contro tutti i tipi di atti delle amministrazioni pubbliche secondo quanto sancito espressamente dalla LJCA³¹.

²⁵ Mentre i primi tre casi elencati esulano chiaramente dalla disciplina amministrativistica, la ragione dell'esclusione dei ricorsi contro le leggi fiscali dei Paesi Baschi, inserita dalla LO 1/2010, trova la sua *ratio* in questioni puramente politiche a cui consegue, tuttavia, un minor controllo giurisdizionale su tali provvedimenti, così E. Espín Templado, *Comentario all'art. 3 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., spec. 24. Sul particolare regime di autonomia attribuito ai Paesi baschi si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a R. Jimenez Asensio, *La reforma del estatuto de autonomía del País Vasco*, in *Revista de Estudios Políticos*, 1985, 475 ss.

²⁶ Gli atti di governo citati corrispondono sostanzialmente a quelli che in Italia vengono definiti come atti politici. Tale ultima definizione non trova, infatti, accoglimento nell'ordinamento iberico poiché sottintende un regime autoritativo da cui il legislatore si è volutamente discostato: pertanto, l'atto di governo risulta, almeno parzialmente, sindacabile dal giudice, come si specificherà nella nota successiva.

²⁷ Si veda in termini L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 542 ss., che non manca di segnalare anche Autori che, al contrario, ritengono l'atto politico insindacabile. Nel preambolo della LJCA è sancito che «*En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la Ley señala -en términos positivos una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes.*».

²⁸ Sulla figura e sulla (in)sindacabilità dell'atto politico nel processo amministrativo in Italia si rinvia all'approfondito studio V. Giomi, *L'atto politico nella prospettiva del giudice amministrativo: riflessioni su vecchi limiti e auspici di nuove aperture al sindacato sul pubblico potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 21 ss.

²⁹ Così L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 543.

³⁰ Si rinvia a E. García De Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, spec. 52.

³¹ Sotto questo punto di vista, la LJCA comprende il sindacato in caso di inattività dell'amministrazione, ossia avverso il silenzio come in Italia (art. 29 della Ley), e *actuación in via de hecho* (art. 30 LJCA). Anche su questo punto il preambolo alla LJCA dedica un passo specifico: «*Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos admini-*

Da ultimo, si ritiene di dover riservare alcuni cenni ai diversi organi competenti a pronunciarsi sui diritti lesi dai provvedimenti amministrativi.

Diversamente dal sistema di giurisdizione amministrativa adottato in Italia³², la LJCA spagnola agli artt. 6 ss. ripartisce la competenza tra tutta una serie di organi in base alla materia oggetto dell'atto impugnato e, talvolta, del luogo in cui lo stesso è stato adottato. Nello specifico, gli organi elencati sono: i *Juzgados de lo Contencioso-Administrativo* che esercitano la loro competenza su atti tassativamente indicati delle Amministrazioni locali o Comunità autonome³³; *Juzgados centrales de lo Contencioso-Administrativo*, che spiegano la loro attività sull'intero territorio spagnolo; *Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia*, sono competenti in unica istanza per atti (anch'essi indicati tassativamente) degli enti locali e delle Comunità autonome e, in secondo grado, per le pronunce degli *Juzgados*; *Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*, competente a giudicare gli atti emanati dai Ministri e dal Segretario di Stato e, in secondo grado, le pronunce degli *Juzgados Centrales*; *Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo*, competente a pronunciarsi sugli atti governativi e per il *recurso de casación* per le materie di diritto interno o comunitario³⁴. Gli articoli 8, 9, 10, 11, 12 della LJCA disciplinano puntualmente per ciascuno di questi organi le materie di loro competenza, talvolta anche in unica istanza; sembrano, dunque, avere valore residuale i criteri di tipo territoriale di cui all'art. 14 della stessa Legge secondo cui la competenza a giudicare spetta, in primo luogo, al Tribunale del distretto in cui è stato emanato l'atto³⁵.

Quelli di cui si è dato brevemente conto sono i principali caratteri peculiari del *contencioso-administrativo* che valgono a distinguerlo da altri modelli adotta-

strativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración».

³² Gli organi della giurisdizione amministrativa italiana sono disciplinati dagli artt. 4 ss. del Codice del processo amministrativo e per quanto concerne la competenza si applica il criterio territoriale e, a seconda della materia trattata, il criterio funzionale (artt. 13 ss. c.p.a.).

³³ I *Juzgados de lo Contencioso-Administrativo* sono organi monocratici e furono introdotti dalla *Ley Orgánica del Poder Judicial* con la precipua finalità di smaltire l'elevata mole di contenzioso che gravava sui *Tribunales Superiores de Justicia*: una parte del contenzioso fu infatti sottratto ai secondi e devoluto ai primi, lasciando impregiudicata la competenza dei *Tribunales Superiores* per le questioni più rilevanti. Si rinvia al paragrafo riservato agli organi della giurisdizione e alla competenza del preambolo alla LJCA.

³⁴ Sulla materia del controllo giurisdizionale degli atti del Governo davanti alla giurisdizione amministrativa, si rinvia a S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, II, Madrid, 2006, 1299 ss. Mentre per quanto riguarda l'ulteriore organo della Sala especial del artículo 61 LOPJ si rinvia per i dovuti cenni a E. García de Enterría, T. Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, cit., spec. 612.

³⁵ Quelli appena elencati sono i principali criteri di riparto della competenza a cui, comunque, si affiancano altri criteri come quello organico o soggettivo, funzionale e residuale (art. 14.2 LJCA). Sul punto si rinvia a L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo*, cit., spec. 554 ss.; J. Bermejo Vera, *Derecho administrativo básico*, spec. 450 ss. Per maggiori approfondimenti si rinvia ai commenti degli articoli citati a cura di E. Espín Templado, Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 33 ss.

ti dagli altri Paesi europei e che paiono utili a delineare un quadro sinteticamente descrittivo delle scelte di politica processuale amministrativistica operate dal legislatore spagnolo. Tuttavia, in questa sede non è stato possibile esaminare tutti gli altri elementi di distinzione, pur di pari rilevanza, poiché ciò avrebbe comportato un mero elenco delle differenze che intercorrono, su tutti, tra il processo amministrativo italiano, francese e spagnolo, il cui esame non pare certamente compendiabile nelle poche pagine di un articolo. Per ovvie ragioni di economia, dunque, il lavoro proseguirà con l'analisi della fase istruttoria, oggetto specifico del presente studio³⁶.

2. *La fase istruttoria e i relativi poteri del giudice amministrativo spagnolo*

Alla fase istruttoria nella LJCA sono dedicati soltanto due articoli inseriti nel Titolo IV, Capitolo I, sezione VI: il primo, l'art. 60, è dedicato alla richiesta, disposizione ed espletamento della prova; il secondo, l'art. 61, disciplina principalmente i poteri esercitabili d'ufficio dal giudice³⁷.

Prendendo le mosse dall'analisi della prima disposizione citata, la LJCA sottolinea che i mezzi di prova devono essere richiesti dalle parti negli scritti introduttivi del giudizio ossia la *demanda*, la *contestación* e anche in quelle che vengono definite come le allegazioni complementari. Da ciò – e prima ancora da quanto sancito all'art. 33.1 LJCA, ai sensi del quale gli organi della giurisdizione amministrativa esercitano le loro funzioni nei limiti delle pretese formulate dalle parti in giudizio – si può sostenere che anche la fase istruttoria del *contencioso-amministrativo* segua il dettato del principio dispositivo, ossia dell'iniziale fissazione del *thema probandum* a cura delle parti³⁸. Quest'ultime hanno il dovere di specificare l'oggetto e il mezzo di prova richiesto, d'altro canto il giudice nell'ambito della

³⁶ Pare comunque doveroso effettuare un accenno in nota a tali altri aspetti. Uno di questi è certamente la figura del *Letrado de l'Administración de Justicia*. Definito dall'art. 440 LOPJ come «*funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina judicial*», svolge delle importanti funzioni di controllo durante quasi tutte le fasi del procedimento contenzioso-amministrativo, in particolar modo nella fase introduttiva. Si rinvia per i dovuti approfondimenti a L. Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho administrativo*, XII ed., Valencia, 2022, 1251 ss.

³⁷ Per alcuni riferimenti di massima su tali disposizioni si rinvia ai seguenti commentarii: R. Fernandez Montalvo, *Comentario all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, a cura di E. Espín Templado, Valencia, 2016, 368 ss.; J. Oliván Del Cacho, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, diretto da A. Ezquerro Huerva e J. Oliván Del Cacho, Valencia, 2021, 1183 ss.; J. Oliván Del Cacho e A. Ezquerro Huerva, *Estudio de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valencia, 2014, 500 ss. Si intende qui richiamata anche la manualistica citata in precedenza.

³⁸ Si rinvia per tale considerazione a C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 7.

valutazione per l'eventuale disposizione del mezzo istruttorio deve tenere conto di indici quali la pertinenza e l'influenza dei fatti ritenuti suscettibili di prova in merito all'oggetto del giudizio e, come da *littera legis*, della discordanza tra i fatti dedotti e quelli ritenuti oggetto di prova. Il giudice non è vincolato ad ammettere il mezzo di prova richiesto, tuttavia l'art. 60.3 LJCA sancisce che in caso di sanzioni amministrative qualora i fatti dedotti in giudizio siano contrastanti tra loro, il giudice sia obbligato a disporre le prove per fare luce sui punti discordanti³⁹. L'assunzione della prova viene disposta con un atto definito come «*auto*» che può essere equiparato all'ordinanza istruttorio del processo amministrativo italiano (artt. 63 ss. c.p.a.): tale atto può essere impugnato mediante appello per il riesame (art. 79 LJCA) dato che sono esclusi rispettivamente dagli artt. 80 e 87 LJCA il *recurso de apelación* e *de casación* e, quando si ritiene violato il proprio diritto fondamentale alla difesa mediante l'assunzione di mezzi di prova, si può ricorrere al *Tribunal Constitucional* per violazione dell'art. 24.2 CE⁴⁰.

Una volta accolta la richiesta effettuata dalla o dalle parti, la LJCA sancisce un termine pari a trenta giorni che può essere, eventualmente, soggetto a proroga per cause non imputabili⁴¹; per quanto concerne i mezzi di prova ammessi e la modalità della loro assunzione, l'art. 60.4 rinvia alle norme del processo civile (disciplinato dalla LEC) in considerazione del fatto che, come anticipato, il *contencioso-administrativo* può essere considerato speciale per la materia trattata, ma tale specialità non si riferisce al giudice a cui sono affidate le controversie. La LJCA, dunque, non disciplina singolarmente i mezzi di prova ammissibili, ma si

³⁹ Si rinvia per ulteriori approfondimenti a N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, cit., spec. 29; R. Fernandez Montalvo, *Comentario all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 374; F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, III, 2 ed., Madrid, 2006, 244 ss. Questi ultimi, a tale proposito, sostengono che abbiano valenza anche nel contenzioso-amministrativo spagnolo i principi «*iura novit curia*» e «*da mihi facta, dabo tibi ius*» e, pertanto, le norme giuridiche non devono essere provate dalle parti in giudizio. Tuttavia sussistono alcune eccezioni a tali principi poiché il giudice non ha il dovere di conoscere le consuetudini e il diritto straniero (in cui non è ovviamente compreso il Diritto dell'Unione Europea che egli, invece, ha il dovere di conoscere). Un interessante approfondimento a cui si rinvia riguarda le circolari, gli ordini e le istruzioni emessa dall'Amministrazione che, analogamente all'Italia, hanno la sola funzione organizzativa dell'ufficio da cui provengono e pertanto non vincolano il giudice, ma i soli funzionari. Nel caso in cui sorga la necessità di un loro impiego nel giudizio, gli atti interni debbono essere oggetto di prova nel solo caso in cui non siano stati pubblicati nel *Diario Oficial*.

⁴⁰ Su tali punti si rinvia a R. Fernandez Montalvo, *Comentario all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 374; F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 254. Si precisa, inoltre, che l'*apelación* e la *casación* possono essere esperiti comunque se, rispettivamente, la prova non è stata assunta per cause non imputabili alla parte e se ha causato un *vulnus* alla difesa purché sia stato precedentemente attivato il rimedio del riesame (*reposición*).

⁴¹ In precedenza erano previsti due distinti termini: il primo, pari a quindici giorni, per la proposizione della prova ed il secondo, trenta giorni, per assumerla. A seguito della riforma operata con la *Ley 10 de octubre de 2011*, n. 37, il primo termine è stato abrogato. Si rinvia a R. Fernandez Montalvo, *Comentario all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 369.

limita a porre delle preclusioni nei commi 3 e 4 dell'art. 56 secondo i quali l'allegazione dei documenti deve essere effettuata al momento della produzione degli scritti introduttivi; tuttavia l'attore conserva tale facoltà nella fase finale del processo, qualora siano derivate delle discordanze sui fatti dalle controdeduzioni alla domanda della controparte⁴².

I mezzi di prova ammessi nel contenzioso amministrativo sono, pertanto, gli stessi del processo civile e sono elencati dall'art. 299 LEC quali: l'interrogatorio delle parti, i documenti pubblici, i documenti privati, la perizia, il riconoscimento giudiziario, la prova testimoniale⁴³.

Come nel processo italiano, anche nel modello spagnolo assumono particolare rilevanza le prove documentali e la perizia⁴⁴.

Per quanto concerne i documenti, la LEC distingue i documenti pubblici rispetto a quelli privati.

L'art. 317 LEC elenca, sostanzialmente, tre categorie di documenti pubblici: nella prima rientrano i documenti giudiziari (art. 317.1, n. 1, LEC); nella seconda sono compresi i documenti amministrativi (art. 317.1, nn. 4, 5, 6 LEC); nella terza categoria rientrano i documenti notarili e i registri commerciali (art. 317.1, nn. 2 e 3, LEC).

I documenti privati sono individuabili negli scritti redatti da privati o, per esclusione, in ciò che non rientra nelle categorie dei documenti pubblici⁴⁵.

⁴² Si rinvia a F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 252.

⁴³ Sul concetto di prova e la distinzione tra i diversi tipi di prova nel diritto spagnolo si rinvia a M. Ortells Ramos, in Aa.Vv., *Derecho procesal civil*, diretto da M. Ortells Ramos, XX ed., Navarra, 2022, 237 ss. In particolare, per mezzi di prova l'Autore intende l'attività processuale delle parti o del giudice con la finalità di introdurre in giudizio possibili fonti di prova. Sul punto si veda anche F. Ruiz Risueño España, *El proceso Contencioso-administrativo*, XII ed., Navarra, 2022, secondo il quale la disciplina dei mezzi di prova non è altro che l'applicazione del sopra citato principio «*da mihi factum, dabo tibi ius*». Secondo C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 20, l'art. 299 LEC crea confusione la distinzione tra mezzi di prova e fonti di prova e tale incertezza si ripercuote sulla possibilità di avvalersi delle c.d. prove atipiche nel processo. A riguardo si sono formate due teorie: secondo la prima, attribuendo ai mezzi di prova la finalità di ammettere nel processo le fonti di prova, vale il principio del *numerus clausus*, dato che solo la legge può disciplinare le attività che si svolgono nel processo; per la seconda teoria, invece, ciò non può valere qualora le fonti di prova siano considerate qualcosa di «extragiuridico». L'Autore, tuttavia, ritiene che il solo problema rilevante sia come far accedere le fonti di prova al processo mediante i mezzi di prova e che la LEC afferma che queste debbano essere ammesse, senza specificare il mezzo.

⁴⁴ Si rinvia per questa osservazione a C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 20 e F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 252.

⁴⁵ Si veda sul punto, J. Martín Pastor, in Aa.Vv., *Derecho procesal civil*, diretto da M. Ortells Ramos, XX ed., Navarra, 2022, 237 ss. La valenza probatoria del documento pubblico e privato è assimilabile a quella vigente in Italia, in quanto il documento pubblico farà piena prova di quanto riportato dal pubblico ufficiale in sede di stesura, della data e della identità delle parti (art. 319 LEC). Mentre, per quanto concerne il valore probatorio dei documenti privati, l'art. 326 LEC stabilisce che questi faranno prova sin quando la loro autenticità non sia stata impugnata dalla parte a cui detto documento reca preggiudizio.

Ancora, e in breve, per quanto attiene alla perizia, la LEC la disciplina compiutamente agli artt. 335 ss., ma non si ritiene necessario indugiare diffusamente sul punto poiché, la disciplina spagnola è sotto diversi aspetti simile a quella italiana disciplinata dal Codice del processo amministrativo⁴⁶.

Il giudice può valutare le prove, compresa la perizia, secondo la regola della «*sana critica*» ossia secondo il suo libero convincimento⁴⁷ e, anche sotto questo aspetto, sostanzialmente non si registrano differenze rispetto al processo italiano.

Proseguendo con l'esame della fase istruttoria, l'art. 61 LJCA disciplina i poteri che il giudice può esercitare d'ufficio: il primo paragrafo afferma che il giudice o il Tribunale possono ammettere e disporre tutte le prove che ritengano necessarie per la più corretta decisione della causa e il paragrafo successivo consente l'esercizio di tale potere anche dopo la fase istruttoria e, comunque, prima della sentenza. Da ciò si può dedurre che anche nel *contencioso-administrativo* il giudice abbia un ampio margine di discrezionalità nella scelta di avvalersi dei poteri istruttori, tuttavia è peculiare il fatto che alcuni studiosi hanno attribuito carattere inquisitorio alla facoltà – propria del giudice – di introdurre nel giudizio nuovi motivi che le parti hanno ommesso ovvero non hanno approfondito ai sensi degli artt. 33.2 e 65.2 LJCA nonostante, come già si è accennato, il contenzioso amministrativo sia retto dal principio dispositivo⁴⁸.

Per quanto concerne i poteri istruttori in senso proprio, ossia la disposizione e l'assunzione di nuove prove, l'art. 61 LJCA li disciplina diversamente a seconda della fase in cui vengono esercitati: qualora il giudice decida di avvalersene durante la fase istruttoria, allora potrà disporre dei mezzi di prova che ritiene pertinenti; al contrario, nel caso in cui eserciti detti poteri nella fase immediatamente precedente alla sentenza, dovrà attenersi al requisito della rilevanza del mezzo istruttorio prescelto. I successivi paragrafi 3 e 4 si occupano di stabilire con quali

⁴⁶ Dunque, anche nel processo amministrativo spagnolo la perizia può essere richiesta dalle parti o disposta dal giudice ove sia necessario in giudizio l'apporto di conoscenze di tipo tecnico-scientifico o, comunque, altamente specialistico che il giudice non possiede; il perito deve essere nominato tra quelli presenti in una lista giudiziaria e può esercitare la facoltà di astensione ovvero essere ruscato; le parti possono nominare i loro consulenti tecnici per prendere parte alle operazioni così come, ai sensi dell'art. 60 LJCA, par. 6, possono chiedere chiarimenti al consulente entro cinque giorni dal deposito della perizia.

⁴⁷ In tal senso si vedano R. Fernandez Montalvo, *Comentario all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 377 e F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 254.

⁴⁸ Sul punto si vedano N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, cit., spec. 32; C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 7; in modo più approfondito Id., in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Navarra, 2017, 45 ss. A tal proposito è molto interessante l'analisi di D. Blanquer, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia, 2006, 157 ss., il quale mette a confronto sotto diversi punti di vista il modello civile (dispositivo) e quello penale (inquisitorio) per comprendere in quale delle due categorie rientri il contenzioso amministrativo. L'Autore, a p. 163, sebbene sembri propendere per la natura dispositiva del processo in esame, afferma che il giudice ha poteri di tipo inquisitorio.

modalità debba svolgersi il contraddittorio tra le parti in tali casi, diritto che viene espressamente riconosciuto. Nello specifico, qualora le parti non abbiano avuto in sede di udienza o negli scritti conclusivi la possibilità di discutere le risultanze della prova disposta o assunta dal giudice, deve essere concesso loro un termine pari a cinque giorni per consentire il contraddittorio.

Al giudice, tuttavia, è consentito esercitare detti poteri istruttori soltanto nei limiti di quanto già affermato dalle parti, ossia all'interno dei fatti che le stesse hanno allegato e, pare dunque di intendere, senza alcuna finalità «esplorativa»⁴⁹. Quest'ultimo limite, accanto a quello relativo alla mera applicazione di norme giuridiche di cui il giudice in virtù del principio *iura novit curia* può disporre come meglio crede, vale anche per i nuovi motivi introdotti dal giudice ai sensi dei citati artt. 33.2 e 65.2 LJCA che consisterebbero – ma sul punto non c'è uniformità di vedute – in nuovi argomenti giuridici e che non devono mutare l'oggetto del processo⁵⁰. Tali aspetti peculiari saranno oggetto di riflessione nelle battute conclusive del lavoro.

Appurato, dunque, il fatto che anche il giudice amministrativo spagnolo può esercitare diversi poteri istruttori, l'unico *discrimen* tra il processo amministrativo italiano e spagnolo parrebbe essere l'asserito carattere inquisitorio di alcune disposizioni posto che, come noto, il processo amministrativo italiano non accoglie il sistema inquisitorio, bensì il principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo secondo la teoria elaborata da Feliciano Benvenuti⁵¹. Il giudice amministrativo italiano, infatti, può disporre d'ufficio tutti i mezzi istruttori, ma non può in nessun caso introdurre per mezzo di questi nuovi fatti che prima non facevano parte del processo: il compito di allegare i fatti, primari e secondari, spetta in via esclusiva alle parti secondo una più ristretta accezione del principio dispositivo.

⁴⁹ R. Fernandez Montalvo, *Comentario all'art. 61 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 381. L'Autore sottolinea il fatto che detta facoltà non può essere confusa con quelle di cui agli artt. 33.2 e 65.2 LJCA di cui si sta per accennare brevemente. Sul punto si vedano le sentenze Ss TS 27 novembre 2007 e 3 aprile 2012 riportate da L. Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho administrativo*, cit., 1273.

⁵⁰ Ancora su questi punti C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 7 nt. 30. Sul punto si veda in modo più diffuso Id., in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Navarra, 2017, 45 ss. In entrambe le opere, l'Autore sottolinea che su tale ultimo punto non sussiste uniformità di vedute: secondo alcuni, infatti, i nuovi motivi possono alterare la *causa petendi* ovvero il *petitum* del processo, mentre secondo altri ciò non è possibile. Onde evitare contrarietà manifeste con il principio dispositivo, che opera nel contenzioso-amministrativo spagnolo, l'Autore afferma che i nuovi motivi introducono nuovi «fatti probatori» della pretesa fatta valere in giudizio e sull'illegittimità dell'atto che non vanno ad incidere sulla *causa petendi*. Su cosa rientri, giunti a tal punto, nella *causa petendi* cita N. González, Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, cit., spec. 28, secondo il quale non rientrano i motivi di illegittimità dell'atto e, pertanto, possono essere introdotti nuovi fatti entro detti limiti. Va rilevato, tuttavia, che tali poteri secondo D. Blanquer, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., 163 ss., esistono ma sono suscettibili di scarsa applicazione pratica.

⁵¹ Su cui si rinvia all'opera monografica F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, Padova, 1950, *passim*.

3. L'onere della prova

Alle considerazioni sopra esposte si collega la questione dell'onere della prova vigente nel contenzioso amministrativo spagnolo a cui si è preferito, in ragione della peculiarità dell'argomento, dedicare un approfondimento autonomo.

La dicitura «onere della prova» può essere intesa con due differenti e, al contempo, correlate accezioni. Dal punto di vista della parte processuale, la figura *de qua* si riferisce al fatto che questa, al fine di far valere le ragioni che vanno a suo vantaggio, ha l'incombenza di fornire le prove delle stesse: l'onere di allegazione, dunque, può essere considerato anche come un precipitato dell'art. 24.2 CE che, come già detto, include il diritto alla prova tra i principi fondamentali. Per quanto riguarda il giudice, invece, l'onere della prova assume il valore di regola del giudizio. Qualora le parti non allegino prove o richieste di mezzi di prova, il giudice non può rifiutarsi di decidere poiché in tal modo violerebbe il divieto del *non liquet* e le norme in materia di onere della prova assumono la funzione di determinare la vittoria e la soccombenza nella lite⁵².

Sono considerate complementari a quelle descritte le ulteriori classificazioni dell'onere della prova in senso formale e materiale⁵³. Rispettivamente il primo indica che la parte per evitare la soccombenza deve adempiere all'onere, mentre il secondo, al contrario, consente alla parte di evitare tale conseguenza anche se non prova i fatti allegati: nel contenzioso amministrativo è accolta la seconda accezione, posto che, come si è già accennato in precedenza, il giudice ha l'obbligo di dirimere la questione e a tal proposito può anche avvalersi dei poteri istruttori che la legge gli riconosce⁵⁴.

La disciplina della LJCA in tema di istruttoria risulta estremamente scarna in forza del rinvio alla disciplina legislativa del processo civile⁵⁵: non essendovi, dunque, una norma che disciplini il riparto dell'onere probatorio nella legge sul *contencioso-administrativo*, l'interprete deve volgere il proprio sguardo alla LEC. L'art. 217 di quest'ultima, rubricato «*Carga de la prueba*», ai commi secondo e

⁵² Sul punto si rinvia a N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, cit., spec. 39 ss.; J. Garberí Llobregat, G. Buitrón Ramírez, *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre la prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2004, 47 ss.; J. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, Navarra, 2012, 105.

⁵³ È questa la classificazione che si trova nelle principali opere monografiche di diritto processuale civile e amministrativo di cui si è già detto. La traduzione è stata effettuata in senso letterale, ma la classificazione appena esposta è presente anche in Italia sotto le due definizioni, presenti anche Spagna del resto, di onere della prova soggettivo e oggettivo.

⁵⁴ Sulla distinzione si rinvia a N. González-Cuellar Serrano, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, cit., spec. 40; C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 11; Id., in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., 45 ss.

⁵⁵ La giurisprudenza afferma che la LJCA non contiene norme in materia di mezzi di prova né sulla valutazione, si veda STS 17 febbraio 2022, n. 597.

terzo sancisce che il ricorrente deve provare i fatti che fondano la propria pretesa, mentre il resistente deve fornire la prova dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi di questa⁵⁶. Sotto questo punto di vista non vi sono differenze sostanziali con il diritto processuale italiano, posto che l'art. 2697 c.c. sancisce il criterio di riparto dell'onere della prova nei medesimi termini⁵⁷. Di particolare importanza per il contenzioso amministrativo è il comma settimo dell'art. 217 LEC, ai sensi del quale «*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*»⁵⁸. Il giudice, pertanto, deve applicare in modo rigido il criterio di riparto previsto nei commi secondo e terzo dell'art. 217, ma quando ravvisa un'oggettiva difficoltà delle parti di provare i fatti che allegano, allora può intervenire per facilitarle e questo tanto nel processo civile quanto nel *contencioso-administrativo*⁵⁹. Sulla base di quanto appena esposto è possibile ritenere che tale agevolazione abbia delle similitudini con il principio di prova proprio del nostro processo amministrativo, a cui il giudice può ricorrere nel caso in cui la parte abbia allegato un fatto provato in modo del tutto incompleto secondo gli ordinari canoni di riparto, giustificando tale mancanza per l'oggettiva impossibilità di fornire elementi più circostanziati.

Un elemento di distinzione tra il *contencioso-administrativo* e il *proceso civil* è stato da taluni ravvisato nel valore attribuito all'atto amministrativo oggetto dell'impugnazione e, conseguentemente, se questo potesse incidere nel riparto dell'onere probatorio. A dare adito a tale questione controversa sono gli artt. 38 e 39 della Ley 39/2015 *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, secondo i quali i provvedimenti amministrativi sono esecutivi: da ciò la dottrina ha, quindi, desunto una presunzione di legittimità degli stessi anche nell'eventuale successivo giudizio. Tuttavia secondo l'opinione maggioritaria tale presunzione, qualificata come *iuris tantum*, non modifica il riparto dell'onere probatorio, ma impone al ricorrente di impugnare l'atto per evitare che que-

⁵⁶ Su tale disposizione, oltre alla bibliografia già citata nelle note precedenti, si veda S. Calaza López, in Aa.Vv., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, diretto da M. Díaz Martínez, Valencia, 2023, 1059 ss.

⁵⁷ Si riporta letteralmente la norma per agevolare il lettore: «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

⁵⁸ Sulla rilevanza di tale disposizione sul contenzioso-amministrativo spagnolo si veda C. Palao Taboada, in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., 45 ss.; per le applicazioni giurisprudenziali si rinvia a J. Garberí Llobregat, G. Buitrón Ramírez, *La prueba civil*, cit., 57, nello specifico alla sentenza STS, I, 2 dicembre 1996. Secondo D. Blanquer, *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, cit., 232 ss. la facilitazione sul fronte della prova riservata alle parti che non ne hanno la disponibilità trova la sua *ratio* nel principio di buona fede processuale.

⁵⁹ Per un esempio dell'applicazione di tale disposizione si veda il caso di risarcimento del danno per attività sanitarie, ove è l'Amministrazione che deve provare di aver seguito la *lex artis* per evitare il danno.

sto diventi in seguito un «*acto consentido*»⁶⁰. La finalità dell'attribuzione della presunzione di validità all'atto amministrativo, dunque, è solo quella di giustificare la prerogativa del legislatore di procedere all'esecuzione immediata dello stesso e anche se la giurisprudenza ha talvolta stabilito una connessione erronea tra onere probatorio e presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, quest'ultima non determina un'inversione dell'onere della prova dato che la parte favorita dalla presunzione deve comunque provare i fatti su cui questa si fonda⁶¹. Invero la dottrina afferma che, sebbene vi siano delle specifiche disposizioni che invertono il riparto⁶², nel diritto processuale spagnolo non vi sia spazio per una vera e propria inversione dell'onere della prova poiché queste speciali norme derogatorie comportano la disapplicazione della norma generale e, quindi, non vi sarebbe un capovolgimento delle posizioni, bensì l'adozione di un diverso e autonomo criterio di riparto dettato per una situazione specifica⁶³. D'altronde è la stessa LEC nel comma sesto dell'art. 217 a far salve dette previsioni, affermando che il riparto dell'onere probatorio non è derogabile convenzionalmente dalle parti⁶⁴.

⁶⁰ Sul punto si veda F. Garrido Falla, A. Palomar Olmeda, H. Losa González, *Tratado de derecho administrativo*, cit., spec. 251; sulla presunzione *iuris tantum* si veda C. Palao Taboada, in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., 50.

⁶¹ C. Palao Taboada, *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., spec. 12. Lo stesso Autore afferma che influiscono sull'onere della prova le sole *verdades interinas* che obbligano il giudice a considerare vero un fatto senza necessità di prova alcuna. Sull'applicazione distorsiva dell'inversione dell'onere della prova basata sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo nel caso delle sanzioni si rinvia a S. Muñoz Machado, *La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en la materia de sanciones administrativas*, cit., 737. In precedenza, infatti, a tale materia si applicavano i principi propri del processo civile e, dunque, il rigido criterio di riparto probatorio a cui si aggiungeva la sostanziale previsione di legittimità dell'atto sanzionatorio: sul ricorrente incombeva dunque un onere probatorio estremamente gravoso, al limite della *probatio diabolica*. In seguito, si è ritenuta più equa e conforme ai diritti fondamentali sanciti nella Costituzione l'applicazione dei principi propri del processo penale, soprattutto in ragione dei numerosi profili di affinità sussistenti tra la sanzione amministrativa e quella penale. Il valore delle affermazioni dell'Autorità sanzionante è stato progressivamente ridimensionato e l'applicazione del principio della presunzione di innocenza (art. 24.2 CE) ha fatto sì che l'onere probatorio del fatto contestato non gravasse più sul privato (in termini di inesistenza del fatto), bensì sulla stessa Autorità che, dunque, dovrà provare i fatti oggetto di contestazione. Oltre all'articolo di S. Muñoz Machado ult. cit., si rinvia per altri cenni a R. Fernández Montalvo, *Comentario all'art. 60 LJCA*, in Aa.Vv., *Comentarios de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, cit., 372; C. Palao Taboada, in Aa.Vv., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, cit., 58.

⁶² Ne è un esempio il comma quinto dell'art. 217 LEC, che impone un diverso onere probatorio in caso di controversie vertenti in materia di discriminazioni fondate sul sesso, l'orientamento e l'identità sessuale, l'espressione di genere o le caratteristiche sessuali. Si veda sul punto M. Ortells Ramos, in Aa.Vv., *Derecho procesal civil*, cit., 237 ss.

⁶³ In questi termini pare esprimersi a J. Garberí Llobregat, G. Buitrón Ramírez, *La prueba civil*, cit., 57 ss.

⁶⁴ Anche su quest'ultimo aspetto si rinvia alle citazioni immediatamente precedenti.

4. *Alcune riflessioni sul presunto carattere inquisitorio dei poteri istruttori del giudice amministrativo spagnolo e sulla loro compatibilità con il riparto dell'onere probatorio*

Giunti alle battute conclusive del lavoro, si ritiene di doversi soffermare su alcuni aspetti controversi del processo amministrativo spagnolo.

Come già accennato, diversi studiosi iberici hanno attribuito carattere inquisitorio all'attività istruttoria posta in essere dal giudice d'ufficio e ciò contrasta con l'asserito, come si è visto, carattere dispositivo del *contencioso-administrativo*. Quella che a primo acchito potrebbe sembrare una contraddizione in termini – poiché la coesistenza nel medesimo processo di due modelli antitetici come quelli dispositivo e inquisitorio pare difficoltosa da concepire – induce a chiedersi se rispetto al processo amministrativo italiano il giudice spagnolo abbia effettivamente dei poteri che possano incidere sui fatti allegati ovvero se, in ragione del fatto che nella propria attività istruttoria comunque debba attenersi a quanto allegato dalle parti, la differenza tra i due giudici debba essere ridimensionata soltanto a una questione meramente terminologica.

Al fine di fornire una possibile soluzione a tale interrogativo, si reputa necessario fare alcune considerazioni di più ampio spettro partendo dal principio dispositivo con riferimento all'ambito processuale⁶⁵. In Italia la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 115 del Codice di procedura secondo il quale il giudice deve porre a fondamento della sua decisione le prove proposte dalle parti e i fatti da esse non contestati⁶⁶. Tuttavia tale disposizione non comprende i fatti allegati e, come già affermato da risalente e autorevole dottrina, si discosta

⁶⁵ Come noto, infatti, il principio dispositivo ha una doppia accezione: processuale e sostanziale. Mentre la prima verrà esaminata nel testo, la seconda merita qui un doveroso cenno. In senso sostanziale, il principio dispositivo si riferisce all'esclusiva disponibilità dell'oggetto del processo delle parti e trova i suoi riferimenti normativi negli artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c. i quali sanciscono, rispettivamente, che «Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero» e che «chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente». Gli articoli appena citati affermano, con termini lievemente differenti, il medesimo concetto e sono stati considerati da autorevole dottrina un doppione normativo giustificato soltanto dall'accoglimento di una concezione teorica risalente a Chiovenda e alla distinzione da quest'ultimo elaborata tra azione e processo. Nello specifico, vi erano due differenti accezioni della domanda coniate da quest'ultimo di cui la prima era riferita alla domanda considerata nell'ambito dell'azione e la seconda alla stessa inserita, però, all'ambito del processo. La domanda collegata all'azione ha come precipuo riferimento la controparte, mentre la domanda collegata al processo è rivolta segnatamente al giudice. Per questi e più ampi riferimenti si rinvia a S. Satta, voce *Domanda giudiziale* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 816 ss.

⁶⁶ Si ritiene non vi sia il rischio di incorrere in un'iperbole nell'affermare che la bibliografia in materia di principio dispositivo è vastissima, pertanto – senza alcuna pretesa di esaustività in questa sede e salvi gli approfondimenti che verranno svolti immediatamente in seguito – ci si limita a segnalare la monografia a cura di E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 107 ss., che ripercorre e ricostruisce con dovizia di particolari l'evoluzione del principio dispositivo in Italia e a cui si rinvia per tutti i necessari riferimenti dottrinali sul punto.

notevolmente dal brocardo latino «*Iudex iudicare debet secundum alligata et probata, non secundum conscentiam*» da cui si ritiene derivi il principio dispositivo⁶⁷. L'origine di quest'ultimo viene ricondotta alla dottrina tedesca i cui studi hanno influenzato sia il diritto italiano che quello spagnolo. *In primis*, era posta la distinzione tra principio dispositivo in senso proprio (*Dispositionsmaxime*) e principio della trattazione (*Verfügungsgrundsatz*), ove al primo corrisponde la domanda della parte che, dunque, chiedendo al giudice di pronunciarsi dispone del suo diritto, mentre al secondo risponde l'attività istruttoria posta in essere dalla parte nelle more del processo⁶⁸. Sebbene l'economia del presente lavoro non consenta una ricostruzione approfondita di tali teorie e di quelle ad esse collegate, ci si limita a sottolineare – pur rinviando ad autorevoli commenti e posizioni discordanti sul tema – l'opinione generalmente condivisa secondo la quale l'allegazione dei fatti (quantomeno di quelli primari) debba essere considerato una prerogativa esclusiva delle parti, sul quale il giudice non può esercitare alcun tipo di ingerenza⁶⁹.

⁶⁷ Sul brocardo citato si rinvia a A. Panzarola, *A proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *R. dir. proc.*, 2019, 649 ss. Onde sottolineare il legame e le similitudini tra gli ordinamenti italiano e spagnolo, pare doveroso segnalare che l'articolo citato prende le mosse da un lavoro pubblicato sulla Rivista di diritto processuale dallo studioso spagnolo J. Pico Junoy, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscentiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *R. dir. proc.*, 2007, 1497 ss. che ha suscitato diverse reazioni nella dottrina italiana. Il saggio di Panzarola ne è un esempio. Il motivo di tale interesse è giustificato dal fatto che l'Autore spagnolo affermava che la dottrina tedesca e, a cascata quella italiana con Chiovenda come capofila (ma sono citati anche Calamandrei e Carnelutti), avesse riportato una formulazione errata del noto brocardo latino, frutto di un'interpolazione (l'aggiunta del termine *partium*) preordinata volta a «manipolare la tradizione storica del pensiero giuridico con il fine di adeguarla alla imperante ideologia liberale dell'epoca» che portava, inevitabilmente, anche ad una sua erronea interpretazione (spec. p. 1509 ss.). Secondo Panzarola, la tesi dell'autore spagnolo è stata generalmente accolta dalla dottrina italiana, seppur con alcune rimarchevoli eccezioni, tra cui merita di essere segnalato G. Monteleone, *Il giallo del brocardo iudex secundum alligata et probata (partium?) iudicare debet, non secundum coscentiam*, in *Giusto, proc. civ.*, 2009, 623 ss., che non condivide l'ipotesi proposta da Pico Junoy secondo la quale la modificazione del brocardo sarebbe stata tendenziosa e preordinata a un preciso risultato, ossia quello di dare fondamento storico all'attuale e maggioritaria interpretazione del principio dispositivo. L'autore propone, dunque, una diversa interpretazione della modifica avvenuta sottolineando il fatto che la parola «*coscentiam*» – con riferimento al tipo di processo vigente all'epoca dei Glossatori che avevano coniato il brocardo – non può essere interpretata univocamente nel senso che il giudice non possa fare uso della sua conoscenza personale dei fatti (fattore che pare essere ritenuto ovvio dall'autore), bensì tendesse ad escludere il c.d. libero convincimento del giudice in un processo caratterizzato dalla ammissibilità delle sole prove legali. Ancora, l'Autore muove critiche al sul fatto della distinzione, non ricavabile dal brocardo, tra *alligata* (riservati alle parti) e *probata* (riservati al giudice) verosimilmente rivolta al medesimo contributo di J. Pico Junoy. Ad ogni modo, in merito al fatto che l'inciso «*secundum coscentiam*» ai tempi dei Glossatori fosse da ricondurre anche ai poteri istruttori che il giudice poteva esercitare v. B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 297, spec. nt. 14.

⁶⁸ Per la distinzione tra c.d. principio dispositivo e principio della trattazione si rinvia a M. Cappelletti, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, 318 ss.; l'opinione del Cappelletti a riguardo è stata approfonditamente esaminata e confutata da B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 99 ss.

⁶⁹ M. Cappelletti, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., 328 ss., afferma che l'allegazione dei fatti rientra nella parte, se così si può dire, puramente dispositiva (*Dispositionsmaxime*) e non della trattazione (*Verfügungsgrundsatz*). L'Autore nel tentativo di rafforzare maggiormente quanto esposto afferma che anche i sostenitori della teoria dell'individualizzazione – i quali rinvenivano l'oggetto del processo nel diritto di cui si chiede la tutela) quanto quelli della teoria della sostanzaione – secondo cui l'oggetto del processo era inve-

Se, dunque, non paiono esserci significative divergenze sul fatto che soltanto parti possano introdurre gli *alligata*, il discorso muta totalmente in merito ai *probata*⁷⁰: segnatamente, risulta essere un tema ancora controverso e dibattuto la sussistenza e la pregnanza dei poteri istruttori che spettano al giudice nel processo che, inevitabilmente, concerne anche l'ampiezza e la portata dello stesso principio dispositivo⁷¹. Sebbene in questa sede non sia possibile riportare le numerose e autorevoli posizioni dottrinali – spesso confliggenti – sul punto, pare quantomeno opportuno segnalare che, in primo luogo, l'attribuzione o meno dei poteri istruttori al giudice sottende due differenti visioni su quale sia l'effettivo scopo del processo che ha destato qualche polemica tra gli studiosi, anche in tempi relativamente recenti⁷². Con tale ultimo rilievo si allude alla teoria sostenuta a più riprese da Michele Taruffo secondo cui un processo per essere considerato giusto debba avere come precipua finalità l'accertamento della verità materiale, ossia di come i fatti si siano svolti realmente e, onde rendere ciò possibile, al giudice deve essere

ce costituito da tutti i fatti rilevanti – l'allegazione dei fatti «costituisce un elemento necessario ed essenziale della domanda giudiziale». Sul fatto che l'allegazione rappresenti un potere monopolistico della parte è concorde anche A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, 188, il quale sottolinea come questa debba comprendere il diritto fatto valere e i fatti storici che servono all'individualizzazione. Il medesimo autore è, però, fortemente critico nei confronti di Cappelletti in merito all'affermazione secondo la quale l'allegazione dei fatti rappresenta un punto di comunanza delle due teorie sull'oggetto del processo appena esposte e dimostra, basandosi su un'approfondita analisi delle loro origini e sviluppi in Germania (p. 44 ss.) che questi assume una nozione di domanda in cui l'allegazione dei fatti rappresenta un momento essenziale ed utilizza gli sviluppi della *Individualisierungstheorie* per dimostrare tale assunto. Tuttavia così facendo, secondo Cerino Canova, Cappelletti dimostrerebbe la sola nozione di principio dispositivo in senso sostanziale, ma non in senso processuale ossia che tale principio impone l'allegazione dei fatti nell'atto introduttivo (p. 128 ss.). Critico sulla generalizzazione operata dal Cappelletti è anche B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 107 ss., che, seppure in nota 20 afferma che la contrapposizione tra le teorie della sostanziazione e individualizzazione si è affievolita, ritiene sarebbe stato più proficuo ribadire l'indispensabilità dell'allegazione dei fatti soprattutto contro le teorie che negano la *causa petendi* quale elemento identificativo dell'azione.

⁷⁰ Sulla distinzione tra i due lemmi si veda E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. spec. 232, che ancora porta a ravvisare nel brocardo *Iudex iudicare debet secundum alligata et probata, non secundum conscientiam* alcune imprecisioni per cui si rinvia alle considerazioni svolte *supra* nella nota 67.

⁷¹ Su cui per un'efficace ed approfondita panoramica si rinvia ancora a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 228 ss., spec. 236.

⁷² Su cui per una panoramica si rinvia ancora a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 295 che ne fa una disamina completa. L'Autore afferma, condivisibilmente, che è l'attribuzione di poteri istruttori al giudice è una questione politica per molti versi. Sul fatto che l'attribuzione di poteri al giudice dipende da fattori che poco hanno a che vedere con la tecnica processuale si veda anche B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 44 ss. e M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale, Cagliari 7-8 ottobre 2005*, Milano 2007, 53 ss., spec. 55, il quale alla nota 6 sottolinea come la medesima questione sia stata oggetto di contributi anche in Spagna. L'Autore, tuttavia, critica fortemente la tesi secondo la quale all'ordinamento che attribuisce maggiori poteri istruttori al giudice corrisponde un regime politico di tipo autoritario: nella puntuale confutazione vengono riportati numerosi esempi di Paesi che, pur avendo un sistema politico democratico, attribuiscono al giudice alcuni poteri di deduzione di prove non richieste dalle parti (tra cui la Spagna, spec. 71 ss.).

concessa la possibilità di fare uso dei poteri istruttori in via officiosa⁷³. Tale posizione non ha mancato di suscitare critiche, anche tra Autori che in precedenza pur avevano ritenuto possibile e conforme al principio dispositivo l'aumento dei poteri istruttori da parte del giudice: nello specifico, tale orientamento ritiene che il processo possa portare al solo accertamento della c.d. verità processuale che ben può differire da quella materiale⁷⁴.

Prescindendo dai (pur interessantissimi) termini specifici della polemica⁷⁵, ciò che importa maggiormente rilevare in questa sede è che la dottrina italiana è concorde, sebbene con alcune distinzioni, nel ribadire che poteri esercitati dal giudice non possono essere di carattere inquisitorio⁷⁶.

⁷³ L'insigne Autore ha sostenuto tale tesi in numerosi scritti, tra cui si citano quelli maggiormente rappresentativi: M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 7 ss.; Id., voce *Prova (in generale) nel processo civile*, in *Digesto civ.*, Torino, 1997, spec. par. 12; Id., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale, Cagliari 7-8 ottobre 2005*, cit., 53 ss., spec. 73 ss.; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 172 ss. per quanto concerne i poteri istruttori del giudice. In estrema sintesi, secondo l'Autore il processo che segue il modello dispositivo puro non può giungere all'accertamento della verità materiale, stante il fatto che le parti tendono a fornire la loro versione che potrebbe essere diversa e distorta in ordine al perseguimento del proprio personale interesse.

⁷⁴ Fortemente critico è B. Cavallone, *In difesa della Veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss. È da sottolineare il fatto che egli avesse in precedenza auspicato il superamento della dicotomia principio dispositivo-metodo inquisitorio (su cui si veda B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 23 ss.) rilevando l'inadeguatezza di queste categorie a comprendere alcune situazioni che hanno caratteri appartenenti ad entrambe le teorie (posizione criticata da E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 291 per la mancata individuazione della soluzione ad un problema posto correttamente). Tuttavia l'Autore non condivide l'attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori e critica l'accostamento tra tale figura e quella dello scienziato, poiché non sarebbe possibile consentire al giudice di effettuare tutte le opportune ricerche al fine di accertare pienamente la verità dei fatti. In risposta a tali rilievi si veda M. Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 995 ss. Si contornò di toni decisamente più aspri la polemica scaturita, sempre 2009, tra G. Monteleone e lo stesso Taruffo. Prendendo in considerazione i soli argomenti giuridici il primo (G. Monteleone, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 2009, 1 ss.) definisce il concetto di verità materiale «equivoco» e «inconsistente» e sostiene che, in tal modo, il giudice diventerebbe «inquisitore» e libero di indirizzare il processo anche contro gli interessi delle parti; la risposta venne pubblicata poco tempo dopo, si veda M. Taruffo, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *R. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 723 ss. che, sul punto, risponde a p. 727. La successiva replica, G. Monteleone, *Le confuse idee del prof. Taruffo*, in *R. trim. dir. civ.*, 2009, 1139, continua a sottolineare che con la ricerca della verità materiale verrebbero meno, tra gli altri, i principi di terzietà e imparzialità del giudice. Alcuni rilievi critici sulle tesi del Prof. Taruffo sono stati mossi anche dal Prof. J. Montero Aroca nel suo intervento al XXV Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, su cui si veda J. Montero Aroca, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale, Cagliari 7-8 ottobre 2005*, cit., 356 ss. il quale sottolinea ugualmente che l'attribuzione di maggiori poteri istruttori al giudice pregiudicherebbe l'imparzialità che egli deve mantenere.

⁷⁵ In questa sede si è volutamente scelto di attenersi rigorosamente alla questione dei poteri del giudice, ma gli aspetti affrontati nei pregevoli studi citati sono molteplici e spaziano da argomenti di tipo storico politico (si veda *supra* n. 72), passando per il ruolo e i doveri dell'avvocato nella veridicità dell'allegazione dei fatti, per finire anche a discutere dell'annosa questione della natura fascista o meno del Codice di procedura civile e del possibile (ma dai più ritenuto improbabile) sostegno al regime di alcuni studiosi chiamati alla sua stesura.

⁷⁶ Ciò è affermato da M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., spec. 174, che afferma «Solo quando egli scopre (dai materiali del processo, non per sua «scienza privata») che esiste una

Posto che in Italia sia il processo civile che quello amministrativo sono di carattere misto – vale a dire dispositivo, ma con poteri istruttori più o meno ampi attribuiti al giudice⁷⁷ – pare opportuno soffermarsi su quale sia il limite di tali poteri superato il quale il processo può ritenersi retto, seppur in parte, dal sistema inquisitorio.

Ebbene, in estrema sintesi e per quanto concerne il tema *de qua*, il limite principale è ravvisato nel potere del giudice di acquisire fatti (verosimilmente secondari⁷⁸) o disporre nuove prove sulla base di quanto già affermato dalle parti ovvero da quanto emerso dall'istruzione già eseguita, ma su quest'ultimo punto pare opportuno precisare che in dottrina esistono due posizioni differenti. La prima, più rigorosa, afferma che il giudice può sì introdurre i fatti dedotti dai mezzi di prova già espletati nel processo, purché la parte li abbia allegati a sua vol-

prova rilevante non dedotta dalle parti, allora egli può (e probabilmente deve) disporre d'ufficio l'assunzione di quella prova, o sollecitare le parti a dedurla. In nessun caso, comunque, si prevede che il giudice si trasformi in un inquisitore che riassume in sé tutti i poteri di indagine e di scoperta della verità, comprimendo o addirittura azzerando i poteri probatori delle parti. In realtà il suo ruolo è assai più modesto e ragionevole, e consiste nel verificare se le parti hanno prodotto tutti i dati conoscitivi disponibili per accertare la verità dei fatti e nel rendersi attivo se ciò non è accaduto». Si veda sul punto anche B. Cavallone, *In difesa della Veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, cit., 12 ss., secondo il quale «[...] anche se personalmente ho sempre preferito la equivalente distinzione di Benvenuti tra il «metodo dispositivo» e il «metodo acquisitivo», più idonea a sottolineare che, in un «processo di parti», anche il giudice più freneticamente attivo nell'acquisizione delle prove non può «inquisire» proprio nulla». Ma in seguito si approfondirà che cosa realmente sia oggi inquisitorio e l'uso poco corretto di tale termine.

⁷⁷ Si veda sul punto E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 273.

⁷⁸ Definendo i fatti primari come quelli che dimostrerebbero in modo diretto il diritto fatto valere in giudizio e quelli secondari come quelli da cui si possono provare quelli primari e, dunque, indirettamente, lo stesso diritto, un cenno doveroso va rivolto alle differenti teorie in punto di allegazione dei fatti secondari. Secondo F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 269 ss., l'allegazione dei fatti secondari – così come dei primari – deve essere riservata esclusivamente alle parti (p. 293), senza che sia possibile per il giudice influire in alcun modo. Di diverso avviso è M. Cappelletti, *La testimonianza nel sistema dell'oralità*, cit., 330 ss., il quale afferma, al contrario, che il giudice può introdurre i fatti secondari. Pare concordare con Cappelletti, anche B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 132 ss. Con specifico riferimento al processo amministrativo, concorda con Cappelletti anche L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 88 ss., secondo il quale l'attribuzione al giudice del potere di introdurre i fatti secondari non interferisce in alcun modo con il dettato del principio dispositivo poiché quest'ultimo spiega i suoi effetti nei confronti dei solo fatti primari o costitutivi. In questo modo, l'allegazione dei fatti secondari rientra nell'ambito della tecnica processuale, ossia del lato teorico del rito la cui gestione è demandata al giudice: egli, dunque, dovendo salvaguardare la corretta prosecuzione del processo può introdurre i fatti secondari idonei a provare i fatti costitutivi. Sebbene tali posizioni, segnatamente quelle di Benvenuti e di Migliorini appaiano in netto contrasto, autorevole dottrina ha sottolineato come ad una più attenta analisi le divergenze si attenuino in modo significativo. Si veda L. Bertozzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, 373 ss., spec. 403 ss. che, riprendendo la distinzione ideata dal Benvenuti tra fatti secondari-fonte di prova e fatti secondari-mezzo di prova (p. 375) – di cui soltanto sui primi può disquisirsi in merito alla possibilità di una loro allegazione ad opera del giudice – afferma che le opinioni del Benvenuti e Migliorini non sono contrapposte. Questo perché, secondo l'Autore, sarebbe lo stesso Migliorini ad affermare chiaramente (come in precedenza aveva fatto pure Benvenuti) che il giudice amministrativo non ha alcun potere di indagine extra-processuale: i fatti secondari possono divenire oggetto di allegazione da parte del giudice quando, ad esempio, emergono dalle risultanze dei mezzi istruttori disposti, ma non perché quest'ultimo ha compiuto delle indagini in autonomia.

ta, mentre la seconda, al contrario, afferma che il giudice può acquisire gli stessi agli atti senza una previa allegazione⁷⁹. Quest'orientamento accanto al principio dispositivo puro e al sistema inquisitorio pone un nuovo metodo governato dal «principio dei poteri istruttori d'ufficio» che sposa, per un verso, la teoria del metodo acquisitivo elaborata da Benvenuti con riguardo al processo amministrativo, ma per l'altro se ne discosta ampiamente, ritenendo che i fatti secondari introdotti dal giudice debbano essere emersi dalle risultanze processuali⁸⁰. La provenienza dei nuovi fatti dalle risultanze istruttorie – comunque richieste dalle parti ovvero disposte dal giudice sempre sulla scorta di quanto affermato dalle stesse – è l'elemento che distingue in modo netto il principio dei poteri istruttori d'ufficio dal metodo inquisitorio che, conviene ricordarlo, presuppone un'autonoma iniziativa del giudice totalmente svincolata da quanto già agli atti⁸¹.

Alla luce di tali considerazioni, si procede ora con l'analisi del principio dispositivo nell'ordinamento processuale spagnolo al fine di ricercare gli elementi che possano giustificare la sussistenza dei tratti del metodo inquisitorio poc'anzi accennati⁸².

La principale norma di riferimento è l'art. 216 LEC «*Principio de justicia rogada*» che sancisce testualmente «*Los tribunales civiles decidirán los asuntos*

⁷⁹ Per quanto concerne la prima teoria si veda ancora F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 269 ss., secondo il quale anche nell'ambito del metodo acquisitivo (vale a dire, quando al giudice è concessa la facoltà di utilizzare i poteri istruttori) i fatti secondari dovrebbero essere oggetto di allegazione implicita. Per un'efficace disamina delle teorie si rinvia a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 294 e, per la seconda teoria riportata, ad A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, agg. a cura di E. Fabiani e B. Gambineri, VII ed., Napoli, 2023, 412 ss. Sul punto si veda, però, anche la disamina di P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018, spec. 123 ss. Per le posizioni più risalenti si rinvia alla nota precedente.

⁸⁰ Si veda ancora A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 412 ss. Nello specifico, Proto Pisani sostiene che una delle possibili «soluzioni tecniche» al problema dell'individuazione dei soggetti titolari dell'iniziativa probatoria (insieme al metodo dispositivo puro e sistema inquisitorio) può essere ravvisata nel principio dei poteri istruttori d'ufficio affidati al giudice. Quest'ultimo, però, è limitato nel loro esercizio dal divieto fondare la decisione su conoscenze personali della vicenda: pertanto, può desumere «fonti materiali di prova» o fatti secondari soltanto da fatti notori o atti del giudizio.

⁸¹ Per quanto concerne il processo amministrativo, F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, cit., 193 ss., afferma che nel modello inquisitorio il giudice agisce sul piano della realtà materiale, al fine di colmare le disparità sul piano probatorio che possono incontrare le parti. Ne deriva che egli, in tal caso, ha i medesimi poteri delle parti e può muoversi liberamente alla ricerca degli elementi che ritiene necessari all'accertamento. Di seguito si darà conto della questione sul corretto uso del termine inquisitorio sorta in tempi relativamente recenti in dottrina, già sin d'ora si può affermare come questo termine sia utilizzato in modo indiscriminato anche per processi che di inquisitorio non hanno nulla.

⁸² Chi scrive è consapevole della vastità del tema che, come si è visto, è stato oggetto di numerosi contributi di alcuni tra i più autorevoli studiosi del diritto processuale e non. Tuttavia, in questa parte del lavoro è parso più opportuno limitare l'analisi al tema trattato – ossia il carattere inquisitorio o meno di alcune disposizioni della LJCA spagnola – e, pertanto, anche i cenni alla dottrina italiana appena riportati sono stati selezionati affinché risultassero strettamente funzionali a fondare la tesi che verrà sostenuta nelle battute conclusive. Per il lettore desideroso di approfondire maggiormente il tema si rinvia, dunque, alla bibliografia citata e alle annotazioni *ivi* riportate.

en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales»⁸³. Rispetto al modello italiano, la disciplina spagnola specifica maggiormente gli elementi su cui il giudice deve basarsi per decidere e fa salvi i tassativi casi previsti in cui può, verosimilmente, espandere i suoi poteri. Tuttavia, in Spagna è riconosciuta l'esistenza di un altro principio denominato «*principio de aportación de parte*» secondo il quale deve essere compito esclusivo delle parti l'allegazione dei fatti in giudizio e la richiesta dei relativi mezzi di prova. Appare chiara la somiglianza tra quest'ultimo e il principio dispositivo, anche nei termini sopra descritti, tanto che la ricerca dei criteri che permettessero di distinguere l'uno dall'altro non pare essere stata agevole. Sebbene, infatti, le posizioni sul punto non siano concordi, l'orientamento maggioritario afferma che l'applicazione del *principio de aportación de parte* comporta il dovere della parte di introdurre non solo i fatti primari, bensì anche quelli secondari (e, dunque, impedendo al giudice la loro deduzione seppur derivanti da risultanze processuali). Inoltre, non è sfuggita ad alcuni commentatori l'analogia del binomio principio dispositivo – *aportación de parte* con le teorie della *Dispositionsmaxime* – *Verhandlungsmaxime* sopra citate⁸⁴ che, dunque, potrebbe essere considerato come un recepimento delle teorie tedesche.

È opinione pressoché condivisa che l'art. 216 LEC segua il dettato del *principio de aportación de prueba* e non del dispositivo anche se questo, tuttavia, non è declinato nella sua interpretazione più restrittiva: il giudice, infatti, può fare uso dei poteri istruttori, ma in relazione ai soli mezzi di prova senza introdurre o rilevare nuovi fatti secondari⁸⁵. Tali considerazioni hanno molteplici profili di rilevanza ai fini dell'argomento trattato poiché, in primo luogo e come già ribadito, il giudizio amministrativo in Spagna è una *species* del rito civile e la LJCA opera numerosi rinvii alla disciplina processualcivile; in secondo luogo, portano ad

⁸³ Secondo E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 412 ss., questa non è l'unica disposizione da cui si ravvisa l'accoglimento del metodo dispositivo nel processo spagnolo: si fondano su tale principio anche gli artt. 399.1, 549, 721.1 LEC. Di analogo tenore è l'art. 282 LEC che fa salvi i poteri istruttori del giudice in casi prestabiliti: «*Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*».

⁸⁴ Si rinvia ancora a E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit. 414 ss., secondo il quale, oltre a quanto appena riportato, il *principio de aportación de parte* ha quali elementi essenziali l'introduzione dei fatti nel processo a esclusiva cura della parte con divieto al giudice di fare uso della propria scienza privata; un'attività probatoria focalizzata soltanto sui fatti oggetto dell'allegazione; la proposizione e assunzione di mezzi di prova ad iniziativa delle sole parti. Tuttavia, l'Autore riporta la diatriba secondo la quale la distinzione non sarebbe soltanto di natura tecnica, ma anche politica. In merito al rinvio alle teorie di matrice tedesca, maggiori riferimenti bibliografici possono essere reperiti a p. 418, n. 585.

⁸⁵ Sul punto si veda ancora E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 418 ss., il quale specifica in numerosi passaggi (pp. 419, 420, 426, 430, 433) il fatto che i poteri istruttori del giudice non debbano incidere sui fatti, la cui allegazione, dunque, resta un'esclusiva prerogativa delle parti.

affermare che, quantomeno nel processo civile, in Spagna non vi sia spazio alcuno per poteri di tipo inquisitorio.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si ritiene di dover spostare l'analisi sul nodo problematico che ci si è posti, verificando la presenza di poteri inquisitori o meno nel *contencioso-administrativo* e sottolineando sin da subito che l'art. 33.1, ricalcando il 216 LEC, limita la cognizione del giudice alle «[...] *pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición*» da cui, pur nella genericità della formulazione, pare evincersi l'orientamento del rito verso il metodo dispositivo. Le disposizioni della LJCA che, secondo alcuni, disciplinano poteri di tipo inquisitorio sono l'art. 33.2 e il 65.2: la prima afferma che «*Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndole que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno*»; la seconda, invece, sancisce che «*Cuando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello. Contra esta providencia no cabrá recurso alguno*». Esaminando partitamente le norme *de qua*, pare potersi affermare che nel caso in cui si faccia applicazione dell'art. 33.2 LJCA, il giudice possa rilevare ulteriori motivi di impugnazione in seguito alla lettura degli atti introduttivi e che egli debba semplicemente limitarsi a suggerirli alle parti, dato che la lettera ha cura di precisare che l'esito del giudizio non risente dell'eventuale inottemperanza di queste a tale richiesta entro il termine stabilito⁸⁶. Di tenore ben diverso pare, invece, l'art. 65.2 LJCA. Tale paragrafo sancisce l'impossibilità per le parti di allegare nelle note conclusive nuove «*cuestiones*»⁸⁷, ma nel caso in cui il giudice tragga dagli atti conclusivi nuovi «*motivos*» rilevanti ai fini della decisione, alle parti viene concesso un termine per presentare osservazioni sul

⁸⁶ Il suggerimento di cui all'art. 33.2 LJCA presenta alcune similitudini con il suggerimento del giudice alle parti di cui all'art. 429 LEC. Segnatamente, quest'ultimo conferisce al giudice il potere di segnalare alle parti eventuali lacune nell'istruttoria a cui esse possono sopperire, può indicare quali sono i fatti oggetto di prova e può anche consigliare il mezzo di prova di cui necessita. Sull'art. 429 LEC si rinvia per alcuni cenni a M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale, Cagliari 7-8 ottobre 2005*, cit., spec. 71 ss.; E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 447.

⁸⁷ Da tradurre, verosimilmente, come nuove domande.

punto⁸⁸. Il legislatore iberico non utilizza il termine «*hechos*» o «*fundamentos de derecho*» che ben avrebbero potuto indirizzare l'interpretazione della disposizione verso il metodo inquisitorio, bensì inserisce il più generico «*motivos*» che, sulla scorta di quanto sancito agli artt. 33.1 e 56.1 LJCA, possono essere considerati come le ragioni della domanda⁸⁹.

A parere di chi scrive, la sussistenza di eventuali poteri di tipo inquisitorio del giudice del *contencioso-administrativo* dipende dal significato che può essere attribuito al termine «*motivos*».

Segnatamente, qualora con tale termine il legislatore abbia inteso riferirsi a mere argomentazioni di diritto non svolte ovvero non approfondite a sufficienza dalle parti, è chiaro che il nodo problematico di cui si sta discutendo non verrebbe neppure a porsi dato che, per via del principio *iura novit curia*, il giudice può rilevare qualsiasi questione o effettuare una diversa qualificazione in termini di puro diritto⁹⁰. Tuttavia, potrebbe esservi una diversa – e forse più plausibile – accezione del termine «*motivos*» inteso come *causa petendi*, ossia le ragioni poste dalla parte a sostegno della domanda. Sebbene la dottrina si sia spesso affaticata sull'incerta identificazione della *causa petendi*, pare sufficientemente consolidato (almeno in Italia) l'orientamento che ritiene impossibile scindere i fatti e le correlate ragioni di diritto poste a sostegno dell'atto introduttivo del giudizio⁹¹: infatti uno sforzo volto alla separazione dei fatti dalle correlate ragioni di diritto al fine di consentire al giudice il rilievo soltanto dei primi o soltanto delle seconde risulta agevole sul piano teorico, ma diventa pressoché impossibile sul piano pratico⁹².

Appurato, dunque, che il termine «*motivos*» potrebbe assumere il significato di *causa petendi* e che da quest'ultima non possono essere scorporati i fatti, potrebbe essere plausibile che in applicazione dell'art. 65.2 LJCA il giudice possa introdurre nuovi fatti che, stante il divieto di far uso delle proprie conoscenze private vigente anche in Spagna, dovrebbero essere tratti dalle risultanze istrutto-

⁸⁸ Pur se di rilevanza secondaria ai fini del lavoro, si sottolinea che l'ordinanza di cui al 33.2 è impugnabile, mentre quella disciplinata dal 65.2 non lo è per espressa previsione normativa.

⁸⁹ Per completezza si riporta il testo dell'art. 56.1 LJCA: «*En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración*». L'art. 33.1 LJCA è già stato riportato *supra*.

⁹⁰ Ciò è quanto pare sostenere Cuellar Serrano, si veda *supra* la nota 50, affermando che esulano dalla *causa petendi* i motivi di illegittimità dell'atto.

⁹¹ Sul punto si rinvia a A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., 188 ss., il quale afferma «L'unicità o la pluralità di diritti, che non può essere risolta dalle loro note di struttura, è definita dalla relazione dei fatti con i diritti, ossia dalle fattispecie legali che costituiscono da tramite per le due nozioni. Ogni qualvolta nuovi accadimenti storici vengono dedotti, il problema è essenzialmente lo stesso: si tratta di vedere se i nuovi accadimenti accedano alla tutela di quel diritto o di altri diritti». Su tali considerazioni si veda anche S. SATTA, voce *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, cit., spec. 823 ss.

⁹² Ciò è desumibile da A. Nasi, voce *Fatto (giudizio di)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 967, spec. 979 ss.

rie o, comunque, dalle memorie conclusive delle parti. Ciò è quanto pare evincersi dal tenore della disposizione e si soggiunge che i fatti desumibili in tal caso, verosimilmente, non potrebbero che essere quelli secondari: quelli primari, infatti, non potrebbero quasi certamente emergere in tali atti finali. Peraltro, qualora al giudice fosse concesso il rilievo dei fatti primari non dedotti saremmo di fronte ad un metodo nettamente inquisitorio che non è quello sposato dal legislatore spagnolo. Sebbene gli artt. 33.2 e, maggiormente, 65.2 LJCA attribuiscono indubbiamente dei poteri al giudice, non pare che questi siano di tipo inquisitorio⁹³, bensì – e sempre riguardo la seconda norma citata – si reputa possano rientrare nella categoria dei poteri officiosi⁹⁴.

In definitiva, su tale aspetto il giudice amministrativo spagnolo sembra avere maggiori spazi di manovra rispetto all'omonimo italiano: il potere acquisitivo di quest'ultimo, infatti, può spiegarsi solo nei limiti dei fatti già allegati dalle parti, anche secondari seppur sul punto vi siano come si è visto opinioni discordanti; diversamente, in sede di rilievo dei motivi di cui si è discusso è possibile ritenere che al giudice spagnolo sia concesso rilevare d'ufficio anche tale ultima tipologia di fatti a condizione che siano emersi dalle risultanze processuali e, comunque, mediante tale attività non oltrepassi il limite costituito dalle allegazioni delle parti.

⁹³ Vedi *supra* nota 48.

⁹⁴ Come è stato già accennato, per definire alcuni processi in la legge prevede significativi poteri istruttori del giudice è adoperato il termine «inquisitorio». A tal proposito, alcuni Autori hanno segnalato e criticato tale tendenza: ravvisandone il fondamento in questioni di matrice ideologica e politica, l'orientamento che si sta riportando sostiene che benché al giudice siano attribuiti poteri istruttori, questi non sono quasi mai coincidenti con quelli attribuiti all'inquisitore, ma trovano il loro fondamento nel principio dispositivo (seppur in una sua versione meno rigorosa). Da ciò deriva l'impossibilità di inquadrare molte tipologie di processi nella sola categoria del metodo dispositivo o sistema inquisitorio e sorge la necessità di creare una nuova categoria come fece, del resto, in modo lungimirante, Feliciano Benvenuti con il metodo acquisitivo. Per l'impiego scorretto del termine si veda M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Aa.Vv., *Le prove nel processo civile: atti del 25° Convegno nazionale, Cagliari 7-8 ottobre 2005*, cit., spec. 53 ss. e E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 254 ss. Anche B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel giudizio civile*, cit., 23 ss. auspicava già il superamento della contrapposizione tra principio dispositivo e metodo inquisitorio. Lo stesso E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 525 ss. auspica un superamento di questa distinzione e propone un nuovo modello di classificazione dei metodi istruttori basati su diversi momenti. Il primo criterio di distinzione prende in considerazione il momento dell'instaurazione del processo e dell'introduzione dei fatti e delle prove, distinguendo tra processo dispositivo e inquisitorio; il secondo prende come riferimento la «mera attività di deduzione formale della prova (intesa quale mezzo istruttorio)» e distingue tra metodo acquisitivo e metodo dispositivo.

Brevi note in materia di differenze tra il contenzioso-amministrativo spagnolo e processo amministrativo italiano con cenni, in particolare, all'istruttoria e all'onere della prova

Lo studio del *contencioso-amministrativo* spagnolo sottende diversi aspetti di notevole interesse scientifico posto a confronto con il processo amministrativo italiano: solo per citarne alcuni, il giudice amministrativo iberico è un giudice ordinario e la composizione degli organi giurisdizionali è varia non limitandosi, come in Italia, ai soli Tribunali amministrativi regionali in primo grado e Consiglio di Stato in appello. Tra i molteplici aspetti, il lavoro pone a confronto la fase istruttoria del *contencioso-amministrativo* con quella dell'omonimo italiano e, segnatamente, l'attenzione si è concentrata sui poteri istruttori di cui il giudice spagnolo dispone. A tal proposito, colpisce il fatto che alcuni poteri previsti dagli artt. 33.2 e 65.2 della LJCA siano ritenuti di tipo inquisitorio nonostante dalla medesima legge emerga chiaramente il carattere dispositivo del *contencioso-amministrativo*. Da ultimo, dunque, lo studio si pone la finalità di verificare l'effettiva presenza di poteri di tipo inquisitorio del giudice spagnolo e, propendendo per la risposta negativa, fornisce un loro possibile inquadramento alla luce delle risultanze di autorevoli studi sul tema.

Brief Notes on the Differences Between Spanish Contentious-Administrative Proceedings and Italian Administrative Procedure, with Particular Reference to Fact-Finding and the Burden of Proof

The study of the Spanish *contencioso-amministrativo* subtends several aspects of considerable scientific interest when compared with the Italian administrative process: to name but a few, the Iberian administrative judge is an ordinary judge and the composition of the jurisdictional bodies is varied not limiting itself, as in Italy, to the regional administrative Tribunals at first instance and the Council of State on appeal. Among the many aspects, the work compares the preliminary investigation phase of the *contencioso-administrativo* with that of the Italian one and, in particular, the focus has been on the investigative powers that the Spanish judge has. In this regard, it is striking that some of the powers provided for in Articles 33.2 and 65.2 of the LJCA are considered inquisitorial in nature, despite the fact that the same law clearly reveals the dispositive character of the *contencioso-amministrativo*. Lastly, therefore, the study aims to verify the actual presence of inquisitorial powers of the Spanish judge and, leaning towards the negative answer, provides a possible framework for them in the light of the findings of authoritative studies on the subject.