

# **La prova indiziaria e il libero convincimento del giudice nel processo innanzi al giudice amministrativo**

*di* GENNARO TERRACCIANO

SOMMARIO: 1. Natura e funzione del processo amministrativo. — 2. Onere probatorio e potere acquisitivo del Giudice. — 3. La centralità della prova indiretta e indiziaria. — 4. Criteri della prova indiziaria e libero convincimento del Giudice.

## **1. Natura e funzione del processo amministrativo.**

Gli approcci interpretativi inerenti al regime probatorio del processo amministrativo possono pervenire a tesi significativamente diverse, e ciò come conseguenza, in gran parte, della conformazione e della natura che si riconoscano al processo amministrativo. È chiaro che qualora si faccia riferimento al processo amministrativo dal punto di vista storico, dal punto di vista della quantità, se non della qualità, delle controversie che sono introdotte davanti al giudice amministrativo, potrà ricavarsi che esso sia un giudizio prevalentemente di legittimità.

Si tratterebbe, in assoluta sintesi, di un giudizio tendente non tanto a individuare da quale parte penda la ragione, quanto piuttosto a verificare se l'azione dell'amministrazione sia corretta da un punto di vista della conformità all'ordinamento giuridico. Ovviamente si tratta di un giudizio tra parti contrapposte, ma nella sostanza la finalità rimarrebbe quella di controllare, e in un certo senso conformare, l'azione amministrativa affinché siano rispettate le regole del corretto agire pubblico.

In verità, il diverso approccio ermeneutico del complessivo e articolato processo amministrativo, con valorizzazione della giu-

risdizione esclusiva e dei poteri riconosciuti al Giudice nell'ambito dei diversi riti, compreso il potere di condannare al risarcimento del danno, porterebbe a ritenere che il vero oggetto del giudizio amministrativo sia costituito dal rapporto amministrativo che intercorre tra potere pubblico e amministrato, con potere di regolazione, sostanzialmente, dell'interesse pubblico, che in qualche modo viene sussunto in quella fattispecie concreta che si dibatte davanti allo stesso.

Le due visioni portano ad assumere una posizione diversificata rispetto alla conformazione dell'onere probatorio, assegnando, persino, al Giudice l'onere di ricercare la verità, oppure di regolare le modalità attraverso le quali le parti possano far acquisire al processo gli elementi sui quali si potrà fondare la decisione.

Le diverse visioni finiscono ovviamente per essere tutte apprezzabili e corrette, ma il problema è che nel processo amministrativo non pare esserci ancora una perimetrazione autonoma o una comune definizione di "prova", come invece in altri processi, come quello penale o quello civile.

Naturalmente, si approfitta in qualche modo della disciplina civilistica e di quella penalistica per assumere dei significati con riferimento a quei regimi probatori, anche con qualche difficoltà di adattamento.

## **2. Onere probatorio e potere acquisitivo del Giudice.**

Tuttavia, un reale tratto di specialità nel processo amministrativo può essere rappresentato, come noto, dal potere acquisitivo del giudice, che tempera l'acquisizione in senso dispositivo, essendo comunque un processo tra parti.

Il riconoscimento di un potere acquisitivo lascerebbe intendere che l'istruttoria processuale sia funzionalizzata in senso oggettivo alla tutela di un interesse pubblico generale, che è complementare, quantomeno, agli interessi delle parti, con l'effetto e che quindi consente o addirittura obbliga, come sostenuto giustamente dal professore Scoca, il giudice ad esercitare questo potere, non nell'interesse specifico di una delle parti (si potrebbe dire,

nell'interesse della giustizia e quindi nell'interesse pubblico in generale).

In ogni caso, rimane fermo che il limite per il Giudice è quello di non surrogarsi alla parte. Quindi, il principio fondamentale rimane sempre quello del metodo dispositivo, l'acquisizione è un temperamento, e spetta alla parte offrire gli elementi probatori relativi al fatto.

Regolare il rapporto amministrativo in un processo tra parti non appare semplice, ma proprio per questo occorre avere chiare le differenze concettuali tra la prova, il mezzo di prova, il mezzo di ricerca della prova.

Le prove dirette e indirette, nel giudizio amministrativo, come giustamente rilevato dal professor Follieri, sembrano rispondere ad una sorta di tipizzazione, ad opera principalmente della giurisprudenza, con una ordinazione gerarchica, che finisce per porre delle limitazioni significative ad alcune tipologie di prove, come quella testimoniale (che cede rispetto alla prova documentale) o quelle legali (quali la confessione e il giuramento).

A ben vedere, il processo amministrativo (almeno quello di legittimità) valorizza maggiormente le cd. prove indirette, al fine di dimostrare l'esistenza di un fatto o comunque di consentire un giudizio attraverso l'esame di un fatto provato, anche attraverso processi induttivi, a volte deduttivi, spesso abduttivi.

Una ragionevole giustificazione del principio dispositivo/acquisitivo quale peculiarità del processo amministrativo può ricavarsi dalla stessa finalità del giudizio amministrativo, che non consente (quantomeno in sede di legittimità) un "*non liquet*".

In altri termini, e semplificando, in sede di giudizio civile la mancanza di prova non consente un accertamento in positivo (allo stato degli atti), così come in sede di giudizio penale la mancanza della prova di colpevolezza giunge ad una pronuncia di assoluzione. Nel giudizio amministrativo, il Giudice è chiamato comunque a decidere sulla legittimità o meno dell'atto impugnato e, quindi, decide sulla base di ciò che è stato fornito dalle parti sul piano probatorio e se ciò non è sufficiente per poter decidere

esercita il suo potere acquisitivo, che quindi integra, per così dire, ciò che tutte le parti in giudizio (interessato, controinteressato, parte resistente) portano a cognizione del giudice. In effetti, una pronuncia in sede di legittimità non pare che possa giungere ad una soluzione che sia di rigetto del ricorso per mancata prova della illegittimità dell'atto impugnato e cioè della impossibilità di verificare la sussistenza o meno dei vizi denunciati nelle censure del ricorso.

### **3. La centralità della prova indiretta e indiziaria.**

In questo quadro, tra le prove cosiddette indirette, assume un significato particolare la prova indiziaria.

Quando si fa riferimento all'indizio si richiamano subito le relative categorie del giudizio penale, ma, in realtà, la prova indiziaria può trovare una sua autonoma configurazione anche nell'ambito del processo amministrativo.

La prova indiziaria è in sé anch'essa una prova indiretta o critica. La differenza forse sta nel fatto che, in senso proprio, nelle prove indirette o critiche, si ha l'accertamento di un fatto che dimostra, attraverso la regola ponte, quindi attraverso un processo deduttivo, o induttivo, o abduttivo, l'esistenza di un altro fatto (antecedente o susseguente), mentre nella prova indiziaria il fatto certo consente di ritenere sussistente un diverso fatto, ma su basi probabilistiche di scienza.

Quindi la prova indiziaria, in qualche modo si forma ed ha la medesima dignità di qualunque altra prova, naturalmente diretta o indiretta, ma secondo un processo logico un po' più complesso, per così dire. Tanto è vero che nella giurisprudenza, anche amministrativa e in particolare laddove il giudice amministrativo debba ripercorrere il ragionamento logico giuridico fatto dall'amministrazione, si ripete che gli indizi devono essere gravi, precisi e concordanti. Si faccia riferimento ai processi in tema di anti-trust, ai processi in tema di interdittiva antimafia, ai processi in tema di appalti, quando per esempio occorre andare a sindacare la sussistenza o meno di un fatto e cioè la violazione o comunque

l'esistenza o l'inesistenza di una condizione di partecipazione, quale la moralità professionale, cioè accertamenti con significativo esercizio di discrezionalità tecnica ed evidenze probatorie "sfumate".

La giustizia nell'amministrazione è il presupposto (o anche antecedente) della giustizia sull'amministrazione in chiave processuale.

Il giudice amministrativo deve e non può fare a meno di ripercorrere il processo logico giuridico seguito in ambito procedimentale, in quanto non si tratta semplicemente di un giudizio sulla correttezza dell'agire amministrativo e anche dell'attività istruttoria.

L'indizio in sé non costituisce propriamente una prova, ma è un fatto certo dal quale può conseguire la prova indiziaria, alla presenza di alcuni presupposti.

La domanda che occorre porsi sembra, quindi, essere se effettivamente nel giudizio amministrativo, anche di legittimità, non ci sia spazio per l'individuazione di una prova indiziaria tipica, per così dire, visto il frequente ricorso del giudice amministrativo alla prova indiretta, che finisce per sussumersi nelle figure tipizzate dell'eccesso di potere.

Proprio la necessità di utilizzare la prova indiretta, laddove non siano sufficienti prove documentali o dirette, la giurisprudenza amministrativa ha finito nel tempo per individuare e tipizzare degli indizi, le cc.dd. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che in realtà costituiscono prova indiziaria, in quanto elementi, accertati o accertabili in senso processuale, che portano a ritenere, attraverso un ragionamento abduttivo, che la presenza del sintomo assume rilevanza in quanto svela la sussistenza di un vizio della funzione.

#### **4. Criteri della prova indiziaria e libero convincimento del Giudice.**

Si potrebbe anche riassumere quanto evidenziato in una semplice constatazione della circostanza che il giudice amministrati-

vo accerta la sussistenza del vizio di eccesso di potere attraverso prove indirette, ed in particolare la verifica di un fatto certo, cioè l'indizio incontrovertibile (grave e preciso).

La gravità determina la rilevanza e la precisione della portata significativa dell'indizio, e tale qualità determina l'accertamento di un antecedente logico giuridico, cioè un vizio della funzione.

Una precisazione, tuttavia, pare opportuna. Si è detto che l'indizio come elemento primario della prova indiziaria deve essere grave e preciso. Diversamente che nelle ricostruzioni di origine penalistica o civilistica, non si è fatto riferimento alla c.d. concordanza. A ben vedere, la concordanza non sembra riguardare l'indizio in sé, quanto invece la prova indiziaria, e cioè attiene alla coerenza di insieme di plurimi indizi al fine di determinare i contorni della prova indiziaria.

Ovviamente, anche nel processo amministrativo se il giudice avesse a disposizione una pluralità di indizi, allora dovrebbe valutare anche la concordanza tra essi, in assenza della quale i fatti pur certi (gli indizi) non assumerebbero dignità di prova indiziaria e quindi non avrebbero quella capacità di indurre il giudice a decidere in un certo senso.

Tuttavia, sovente nel processo amministrativo, soprattutto quello di legittimità, ma anche quelli di giurisdizione esclusiva (il richiamo ancora una volta, per esempio, a tutte le problematiche legate ad aspetti economici, sull'abuso di posizione dominante) non si ha la possibilità di accertare fatti costituenti plurimi indizi, ma gli elementi fattuali portati a cognizione del giudice finiscono con il riassumersi nelle figure sintomatiche già richiamate.

Si è già evidenziato che nel processo amministrativo non pare che il giudice possa accedere ad una pronuncia di *non liquet*, dovendo comunque regolare il rapporto sia nel processo di legittimità sia negli altri processi.

In assenza di plurimi indizi, la particolarità del regime probatorio nell'ambito del giudizio amministrativo porta a ritenere che la prova indiziaria possa conseguire anche ad un elemento isolato, cioè un indizio unico.

Che cosa significa indizio isolato? In mancanza di elementi probatori contrastanti, di ulteriori fatti che in qualche modo possono minare il ragionamento logico tra l'accertamento del fatto e la sua conseguenza (o antecedenza), anche un indizio isolato può essere significativo e può incidere sul libero convincimento del giudice.

In fondo, tutte le figure sintomatiche costituiscono sostanzialmente indizi isolati.

Certamente per assurgere a prova indiziaria e incidere sul libero convincimento del giudice, l'indizio deve essere grave e preciso, e, come detto, laddove siano plurimi deve esservi concordanza; ma, soprattutto, il ragionamento inferenziale pretende l'affidabilità e cioè un grado di credibilità razionale della fonte del processo narrativo della conoscenza, una fondatezza, e cioè ci deve essere in qualche modo un connotato semantico dell'enunciato, fattuale, che corrisponde a un patrimonio di conoscenza comune.

Come già rilevato in uno studio più approfondito, l'indizio rilevante, in sede di processo probatorio a supporto di una decisione amministrativa, dovrebbe, in definitiva, rispondere ai seguenti requisiti e criteri:

- i. gravità e precisione (imprescindibili);
- ii. concordanza, laddove vi siano plurimi indizi (e sempre che siano gravi e precisi);
- iii. affidabilità, soprattutto in caso di indizio 'isolato' (intesa come grado di credibilità razionale della fonte e del processo generativo della conoscenza);
- iv. fondatezza, soprattutto in caso di indizio 'isolato' (intesa come nesso semantico e sintattico tra l'enunciato fattuale e il patrimonio di conoscenze e credenze di cui è in possesso il decisore);
- v. congruenza, interna e esterna (della narrazione nel contesto complessivo);
- vi. coerenza logica (intesa come non contraddittorietà logica degli enunciati della narrazione);

- vii. coerenza inferenziale (intesa come l'accordo tra le plurime inferenze e le correlate massime esperienziali, con cui il decisore collega gli eventi diversi al fine di giungere al risultato di prova).

Il libero convincimento del giudice in questi casi si fonda anche sulla sua esperienza. La congruenza interna ed esterna, la cosiddetta coerenza logica, la coerenza narrativa, ma soprattutto quello che è importante è che ci sia l'utilizzazione di massime esperienziali che solo il giudice in qualche modo può esprimere.

E ciò dimostra, a maggior ragione, che il Giudice, con la sua capacità di individuare e di creare massime esperienziali, finisce per essere «il principe o il signore della prova».