

SECONDA GIORNATA

INTRODUZIONE

L'onere della prova nel processo amministrativo. Una breve introduzione

di VERA FANTI

1. Il giudizio amministrativo viene previsto e regolato sostanzialmente come un processo di tipo impugnatorio, che presuppone un atto proveniente da una pubblica amministrazione al termine di un procedimento amministrativo che si pone come fonte privilegiata per l'accesso ai fatti da parte del giudice.

Il processo si instaura, quindi, a seguito della proposizione di un ricorso sottoposto a un breve termine di decadenza e con un'istruttoria formale, ovvero basata su documenti scritti e già conosciuti (o comunque conoscibili) dalle parti. Istruttoria processuale che nel giudizio amministrativo (e, come vedremo, anche in quello tributario), è finalizzata alla raccolta delle prove relative ai fatti allegati dalle parti affinché la controversia possa essere decisa. In altri termini, l'istruzione probatoria ha lo scopo di verificare la completezza e la razionalità dell'istruttoria già svolta nel procedimento amministrativo, piuttosto che fornire una nuova rappresentazione delle circostanze poste a fondamento del giudizio, come sostanzialmente avviene nell'ordinario processo civile.

2. Più nello specifico, per il processo amministrativo il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), contiene una disciplina unitaria dell'attività istruttoria che riguarda la

giurisdizione di legittimità, la giurisdizione esclusiva e la giurisdizione di merito. In particolare, l'art. 63, comma 1, del Codice del processo amministrativo pone espressamente in capo alle parti l'onere della prova, richiamando così il principio generale espresso dall'art. 2697 del Codice civile. Il principio dell'onere della prova è connaturale alla tipologia del processo amministrativo, fondato sul principio della domanda e sul principio dispositivo con metodo acquisitivo. Con ciò si vuole intendere che le parti non hanno l'onere di fornire la prova piena di quanto affermano, bensì sono tenute a dedurre i fatti e fornire al giudice un elemento o indizio di prova, affinché egli possa esercitare anche d'ufficio i propri poteri istruttori per accertare pienamente i fatti allegati. In altri termini, i poteri officiosi del giudice si devono articolare nell'ambito delle allegazioni e dei mezzi di prova forniti dalle parti, come conseguenza, appunto, del principio dispositivo che regola il processo amministrativo.

Il d.lgs. n. 104/2010 ha, tuttavia, ampliato la gamma dei mezzi di prova esperibili nel giudizio amministrativo. Essi sono non soltanto quelli espressamente elencati nei primi quattro commi dell'art. 63 (acquisizione di documenti, richiesta di chiarimenti, ispezioni, prova testimoniale, verifica e consulenza tecnica – questi ultimi due non considerati mezzi di prova in senso proprio, ma strumenti per consentire al giudice, sprovvisto di competenze specialistiche, di poter operare un miglior apprezzamento dei fatti complessi, in relazione ai quali le parti hanno già fornito la prova, con l'assistenza di una figura professionale idonea), ma, in base a una disposizione di rinvio generale, sono considerati mezzi di prova anche tutti gli altri previsti dal Codice di procedura civile, con esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento (art. 63, comma 5). Tale esclusione trova fondamento nella natura del processo amministrativo, per tradizione incompatibile con le prove legali, come appunto il giuramento e l'interrogatorio formale, quest'ultimo finalizzato a provocare una confessione: istituto che nasce nel processo civile fondato sul principio di disponibilità del diritto e, come tale, non applicabile

ad una pubblica amministrazione. Del resto, anche la prova testimoniale, pur prevista nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, di fatto non viene disposta quasi mai nel processo amministrativo: formalmente perché la stessa si sostanzia nell'acquisizione al processo di un altro documento, raramente rilevante, nella sostanza perché tale prova è lontana dalla mentalità di un giudice amministrativo abituato a giudicare sulla base di prove precostituite, soprattutto documentali.

3. In ordine al criterio di vicinanza dell'onere della prova, e analogamente a quanto avviene, ad esempio, nel processo tributario, l'art. 64, primo comma, del Codice del processo amministrativo prevede che alle parti del giudizio spetti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni. Tuttavia, come già sottolineato, nei successivi commi dell'art. 64 c.p.a. si prevede il riferimento al principio acquisitivo da parte del giudice amministrativo, con la previsione di quei poteri officiosi del giudice che tradizionalmente caratterizzano il processo amministrativo. In particolare, nel terzo comma («Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione»), si permette al giudice amministrativo, attraverso il metodo acquisitivo, di distribuire razionalmente tra le varie parti l'onere della prova. Quindi, sebbene anche nel processo amministrativo il criterio della vicinanza della prova assuma un ruolo centrale e primario, il metodo acquisitivo (esistente solo per il processo amministrativo e non, ad esempio, per quello tributario) viene visto come criterio utile a superare l'asimmetria tra la posizione della P.A. e quella dei privati.

Due sono i profili che vorrei evidenziare.

In primo luogo, nel processo amministrativo l'onere della prova è in capo a chi ha la disponibilità della stessa: tuttavia, la presenza di poteri officiosi solo nel giudizio amministrativo risulta funzionale, in un contenzioso asimmetrico, alla migliore attuazio-

ne della ripartizione dell'onere della prova tra le parti. In genere, infatti, è l'amministrazione a detenere i documenti, acquisiti nel corso del procedimento, dai quali è possibile trarre elementi per la prova dei fatti rilevanti. Il privato, invece, non sempre è in possesso di tutti gli elementi che sono stati rilevanti per la decisione e per tale motivo si ritiene che non sia equo gravarlo dell'onere di fornire una piena prova dei fatti che afferma. La ragione dell'asimmetria nel giudizio amministrativo, più in generale, risiede nel fatto che nel diritto e nel processo amministrativo la situazione giuridica correlata al potere della P.A. è l'interesse legittimo, mentre nel processo tributario appare maggiormente evidente il carattere fortemente dispositivo del rito, avente ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale. E questo spiega l'applicabilità piena ed esclusiva del criterio della vicinanza della prova, senza la previsione di poteri officiosi da parte del giudice (tributario) che decide *juxta probata*.

Ebbene, in relazione al principio dispositivo che, nel processo amministrativo, si accompagna al metodo acquisitivo, vorrei proporre una riflessione: questo principio è sempre lo stesso oppure varia a seconda non solo delle diverse sedi giurisdizionali, ma anche a seconda delle diverse tipologie di azioni? E questo potere istruttorio del metodo acquisitivo è sempre finalizzato solo ed esclusivamente alla risoluzione di una controversia, quindi per una migliore rappresentazione dei fatti, oppure assolve anche ad un'altra finalità?

4. In secondo luogo, un altro aspetto merita attenzione.

Come sopra evidenziato, il codice del processo amministrativo ha stabilito una disciplina dei mezzi di prova che trova applicazione indipendentemente dal tipo di giurisdizione esercitata. Il precedente impianto normativo, invece, distingueva i mezzi istruttori a seconda che la controversia ricadesse nell'ambito della giurisdizione di legittimità, esclusiva o estesa al merito. Quindi, la sempre maggiore accessibilità del giudice amministrativo ai fatti ha consentito allo stesso, anche nell'ambito della giuri-

sdizione di legittimità, di effettuare un sindacato più penetrante, diretto specificamente a ricostruire e ristabilire in modo completo i fatti posti a base del provvedimento impugnato, con conseguente possibile apprezzamento circa la proporzionalità, la razionalità e la giustizia (o equità) dell'azione amministrativa, soprattutto in situazioni particolari, ovvero nell'ipotesi di assenza di una esauriente disciplina normativa applicabile al caso concreto (ad es. in caso di provvedimenti emergenziali).

Tale evoluzione normativa rappresenta uno dei molteplici segnali dell'avvicinamento tra le diverse forme di giurisdizione, nonché della loro tendenziale convergenza verso un modello unitario di giudizio. Infatti, la tendenza contemporanea del processo amministrativo è quella di un allineamento sempre più evidente tra la giurisdizione generale di legittimità e quella di merito quanto a poteri del giudice amministrativo: ad esempio, la sempre maggiore accessibilità del giudice amministrativo ai fatti ha consentito allo stesso, anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità, di effettuare sia un sindacato più penetrante, diretto specificamente a ricostruire e ristabilire in modo completo i fatti posti a base del provvedimento impugnato, sia un possibile apprezzamento circa i principi generali che devono guidare l'azione amministrativa, soprattutto in situazioni particolari, ovvero nell'ipotesi di assenza di una esauriente disciplina normativa applicabile al caso concreto (ad es., come si è già rilevato, in caso di provvedimenti emergenziali).

Si tratta soltanto di un altro punto che lascerei alla riflessione contenuta negli scritti che seguiranno, fonte di sicure e preziose argomentazioni che non mancheranno di arricchire il dibattito sull'argomento all'interno di una comunità scientifica che ha sempre saputo portare il proprio contributo all'elaborazione di un processo votato alla tutela del cittadino, all'affermazione della legalità e, quindi, alla realizzazione della giustizia.