

I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Maggio 2011)

Prof. Carlo Emanuele GALLO

INDICE

- 1. PREMESSA.**
- 2. L'ONERE DELLA PROVA.**
- 3. L'ACCESSO AL FATTO.**
- 4. PRESIDENTE E COLLEGIO NELL'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA.**
- 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.**
- 6. BIBLIOGRAFIA**

1. PREMESSA .

Il Codice del Processo Amministrativo, approvato con d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, disciplina al Libro II, dedicato al processo amministrativo di primo grado, i mezzi di prova e l'attività istruttoria del giudice amministrativo.

Si tratta di disposizioni che in parte riprendono quanto, in precedenza, era già stato previsto dalla legge ed era stato riconosciuto come corretto dalla giurisprudenza e dalla letteratura ed in parte introducono delle previsioni nuove.

2. L'ONERE DELLA PROVA.

Il processo amministrativo italiano è un processo di parti, nel quale sono le parti che formulano le loro domande e chiedono al giudice i conseguenti provvedimenti. La regola generale dovrebbe essere, perciò, quella dell'onere della prova: se la parte che compie l'affermazione non prova quanto asserisce in fatto, la sua domanda deve essere respinta.

Allorché, però, il processo amministrativo è volto a sindacare l'esercizio del potere della pubblica amministrazione, il cittadino si trova in una evidente difficoltà in ordine al reperimento del materiale istruttorio, poiché detto materiale è normalmente nella disponibilità dell'Amministrazione che esercita il potere ed adotta il provvedimento nei confronti del quale il cittadino ricorre. In questa situazione, già da molto tempo, sulla scorta di un'autorevole letteratura, la giurisprudenza ha ritenuto che il ricorrente non abbia un pieno onere della prova ma invece soltanto l'onere di un principio di prova, debba, cioè, presentare al giudice una credibile ricostruzione della realtà. Sarà lo stesso giudice, a preoccuparsi, con l'esercizio di poteri d'ufficio, di acquisire al giudizio l'effettiva prova della corrispondenza della realtà rappresentata dal ricorrente al fatto. In questo modo si ottiene, altresì, che il controllo sull'attività amministrativa sia esercitato nel modo più preciso possibile, come è necessario essendo coinvolto l'interesse pubblico (una ricostruzione completa della materia è in L. BERTONAZZI).

Questo sistema, che prevede un rilevante potere istruttorio d'ufficio del giudice amministrativo, non si applica quando il cittadino agisce nei confronti dell'Amministrazione lamentandosi che questa non abbia adempiuto a un suo obbligo; in questo caso, infatti, l'Amministrazione non esercita un potere, non adotta un vero provvedimento, e, di conseguenza, deve ritenersi che il cittadino sia in grado di dimostrare in fatto quanto corrisponde alle sue domande. In questo caso, l'onere della prova è pieno.

L'impostazione di carattere generale che si è ricordata non è cambiata dopo che la

legge 7 agosto 1990, n. 241 ha riconosciuto al cittadino il diritto di accedere agli atti amministrativi, il diritto, cioè, di ottenere dall'Amministrazione tutti i documenti che gli sono utili per la sua tutela in giudizio: e ciò perché l'esercizio di quel diritto non incide sul termine per ricorrere, che, di conseguenza, può anche spirare nel momento in cui il ricorrente, senza sua colpa, non ha ancora ottenuto gli atti sulla base dei quali argomentare le proprie domande.

Il Codice del Processo Amministrativo conferma questo orientamento (così R. CHIEPPA, M. CLARICH, C. E. GALLO, C. SALTELLI), come del resto lo stesso Consiglio di Stato ha riconosciuto nella decisione dell'Adunanza Plenaria 23 marzo 2011, n. 3: il Codice, infatti, prevede, addirittura con maggiore ampiezza di quanto stabilito dalle leggi precedenti, il potere istruttorio d'ufficio del giudice, che può chiedere alle parti chiarimenti o documenti che ritenga necessario acquisire, disporre una ispezione o ordinare una verifica o una consulenza tecnica.

L'unico mezzo di prova che il giudice non può disporre d'ufficio è la prova testimoniale (art. 63 del Codice).

Ne consegue che laddove il Codice stabilisce che spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità (art. 64) ciò significa soltanto che quando il privato si confronta con il potere dell'amministrazione ha l'onere del principio di prova e quando si confronta con l'obbligo dell'amministrazione ha l'onere pieno di prova: l'ordinamento processuale attribuisce perciò al giudice un ampio potere di valutazione (F. G. COCA, P. CHIRULLI).

Il comportamento delle parti è rilevante anche sotto un altro profilo: il Codice (art. 64, anche questa è una novità) prevede che il giudice debba porre a fondamento della decisione i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite.

3. L'ACCESSO AL FATTO.

Il giudice amministrativo ha un pieno accesso al fatto: egli, cioè, può, e deve ove occorra, accertare pienamente la realtà di fatto che gli viene rappresentata dal ricorrente e dalle altre parti del giudizio è che è rilevante per decidere sulla controversia.

Il giudice ha la possibilità di accertare direttamente i fatti senza essere costretto a ritenere i fatti così come rappresentati dall'Amministrazione.

La riprova sta nel fatto che, a' sensi del Codice del processo amministrativo (art. 63, che costituisce una novità) il giudice amministrativo può utilizzare tutti i mezzi di prova che sono ammessi nel processo civile (salve le prove legali, e cioè l'interrogatorio formale e il giuramento, che non si ritengono ammissibili in quanto nel processo amministrativo vi è comunque un profilo di interesse pubblico che non può essere rimesso alla disponibilità integrale delle parti).

E così, il giudice può ordinare sia alle parti che a terzi di produrre in giudizio i documenti o qualunque altro elemento di prova che ritenga necessario; può disporre l'ispezione dei luoghi; può ordinare l'esecuzione di una verifica, e cioè ordinare che venga riprodotta in modo imparziale la realtà di fatto che l'Amministrazione ha asserito esistente nei propri documenti, e può disporre una consulenza tecnica, e cioè ordinare ad un esperto di effettuare un riscontro in ordine alla correttezza delle affermazioni tecniche compiute dall'Amministrazione (il Codice prevede che la consulenza tecnica d'ufficio debba essere effettuata con il rispetto rigoroso del principio del contraddittorio, e cioè con il coinvolgimento dei consulenti tecnici nominati dalle singole parti).

Il giudice può anche disporre la prova per testimoni (anche questa è una novità del Codice), ma soltanto se la medesima è richiesta dalle parti; la prova per testimoni può essere assunta soltanto mediante dichiarazioni scritte e ciò al fine di rendere più snella l'istruttoria processuale.

4. PRESIDENTE E COLLEGIO NELL'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA.

Nel processo amministrativo non è prevista una fase istruttoria vera e propria, un momento del processo, cioè, dedicato espressamente all'acquisizione della prova dei fatti.

La competenza in materia di istruttoria è attribuita, genericamente, al Presidente e al Collegio. Il Presidente può intervenire quando lo ritenga, considerate le istanze delle parti, dopo il deposito del ricorso notificato, dovendo soltanto attendere, di norma, la scadenza del termine per la costituzione in giudizio delle controparti del ricorrente, e in particolare dell'amministrazione, che dovrebbe essa produrre i documenti occorrenti per la decisione della causa. Il Presidente può delegare in sua vece un altro magistrato e ha una competenza di carattere generale (fatta salva la possibilità di disporre una verifica o una consulenza, sempre rimesse alle competenze del Collegio).

Il Collegio può provvedere all'attività istruttoria nel momento in cui è investito dalla decisione della causa: il fatto che, anziché definire il giudizio, il Collegio provveda all'istruttoria può comportare un allungamento dei tempi del processo; per evitare questo inconveniente il Codice (art. 65) dispone che quando a provvedere è il Collegio questi debba fissare contestualmente la data della successiva udienza di trattazione.

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I poteri istruttori del giudice amministrativo sono sempre stati utilizzati dal medesimo in modo molto prudente; di norma, il giudice si limita alla acquisizione dei documenti, e cioè degli atti sulla base dei quali l'amministrazione ha emanato il

provvedimento.

Questo orientamento è giustificato e comprensibile se si tien conto che di solito l'Amministrazione ricostruisce esattamente la realtà di fatto, mentre talvolta sbaglia nella interpretazione delle norme che disciplinano la sua attività.

Nel processo amministrativo è sempre stata più rilevante la discussione sulle questioni di diritto che la discussione sulle questioni di fatto.

Ciò non toglie che, allorché la questione di fatto viene posta, alla medesima si debba dare una risposta completa, con un accertamento che non lasci nessuna zona di incertezza: il giudice amministrativo, perciò, può ricostruire il fatto e quando serve lo deve fare.

Un problema particolare attiene al controllo, in giudizio, delle scelte dell'amministrazione che coinvolgano delle valutazioni tecniche: in questi casi, infatti, è difficile distinguere se la legge ha voluto attribuire alla amministrazione una competenza tecnica esclusiva, che non può perciò essere valutata da altri, o se, invece, ha voluto semplicemente attribuire all'amministrazione il compito di effettuare la scelta tecnica più opportuna.

Tendenzialmente, il controllo sull'attività dell'amministrazione in sede processuale è un controllo completo, perché così dispone la Costituzione, agli artt. 24, 103, 111, 113; il Codice, però, ha voluto evitare che valutazioni tecniche di un'amministrazione particolarmente qualificata possano essere contraddette in giudizio sulla base di una qualsivoglia consulenza tecnica, prescrivendo che la consulenza tecnica possa essere disposta soltanto se indispensabile, soltanto se, cioè, emerga in giudizio che la valutazione tecnica della pubblica amministrazione non può essere in nessun modo considerata corretta.

Così operando, lo spazio riconosciuto dalla legge alla pubblica amministrazione come apparato dotato anche di particolari competenze tecniche viene comunque salvaguardato.

Complessivamente, anche per quanto concerne l'attività istruttoria, l'esperienza del processo amministrativo, che ha ormai oltre 130 anni di storia, è da considerare positiva.

BIBLIOGRAFIA

BERTONAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 328 ss.;

CHIEPPA R., *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 370;

CHIRULLI P., *L'istruzione*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Commentario diretto da R. CARANTA, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 537;

CLARICH M., *Le azioni*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2010, p. 1126;

GALLO C. E., *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, p. 1021;

SALTELLI C., *Processo amministrativo di primo grado*, in *Codice del processo amministrativo*, Commentario a cura di G. LEONE-L. MARUOTTI-C.SALTELLI, Padova, Cedam, 2010, p. 594;

SCOCA F. G., *Mezzi di prova e attività istruttoria*, in *Il processo amministrativo*, Commentario a cura di A. QUARANTA – V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, p. 539.

GIURISPRUDENZA

La giurisprudenza si può rintracciare sul sito ufficiale www.giustizia-amministrativa.it