

E' opportuno prescindere dall'esame analitico e di dettaglio della disciplina che il Codice dedica ai singoli mezzi di prova per concentrarsi sulle novità sostanziali che il nuovo articolato normativo ha introdotto al livello dei principi generali in materia di istruttoria e cognizione del fatto.

Quella relativa ai poteri istruttori e di accertamento del giudice è una delle parti della nuova normativa maggiormente suscettibili, di aprire scenari fortemente innovativi rispetto a concezioni del processo amministrativo consolidate e fino a oggi date per pacifiche.

E' evidente, già ad un semplice esame delle norme codicistiche, come siano ormai definitivamente alle nostre spalle i dubbi che, per una lunga fase della vita del processo amministrativo, hanno accompagnato il riconoscimento in capo al giudice di poteri e strumenti idonei a conoscere del "fatto" sotteso al giudizio. Naturalmente, **non è che si negasse che il giudizio amministrativo avesse a oggetto anche un fatto storico, ossia una "vicenda" umana prima ancora che amministrativa, ma tuttavia la connotazione fortemente "cartolare" e documentale che si riteneva costituisse la caratteristica peculiare del giudizio amministrativo portava a svalutare la rilevanza di tale vicenda; la centralità del provvedimento amministrativo, connessa sia alla tradizionale struttura impugnatoria del processo sia alla sua stessa genesi come "prolungamento" dell'attività di amministrazione (sia pure in sede contenziosa), faceva sì che l'atto costituisse uno "schermo" tale da frapporsi tra il giudice e la vicenda su cui l'atto medesimo incideva.**

Il progressivo superamento di questa visione originaria rappresente solo un aspetto di quella più generale evoluzione che ha interessato la normativa sul processo amministrativo e la giurisprudenza che ne ha fatto applicazione, e alla quale oggi ci si riferisce con la nota formula del passaggio dal "*giudizio sull'atto*" al "*giudizio sul rapporto*".

Nemmeno in occasione dei passaggi più rilevanti di questa evoluzione – si pensi, ad esempio, alla **legge 21 luglio 2000, nr. 205, notoriamente fondamentale anche nell’ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo – il legislatore aveva mai ritenuto di procedere a una riflessione generale sul tema**, con la conseguenza che la disciplina dei mezzi di prova e di istruzione è rimasta fino a oggi composta da una pluralità di norme frammentaria e disorganica; è solo con il Codice del processo amministrativo che tale condizione è stata definitivamente superata, ciò che costituisce un ulteriore passo verso l’abbandono del classico modello impugnatorio del giudizio, nonché in direzione di una sempre maggiore attenzione alle esigenze di tutela piena ed effettiva dei cittadini .

Due sono le principali novità che vanno evidenziate .

1- Innanzi tutto, **per la prima volta viene analiticamente e compiutamente regolamentata l’attività istruttoria nel processo amministrativo**, con un sistema di norme (quelle contenute nel Titolo III del Libro Primo del Codice) **largamente ricalcate su quelle del codice di procedura civile e ricche di richiami a quest’ultimo, specie con riguardo ai singoli mezzi di prova e alle modalità della loro assunzione**; 2- in secondo luogo, vi è una **generalizzazione di tale disciplina, che è oggi applicabile a tutti i tipi di giudizio (di legittimità, di merito e di giurisdizione esclusiva)**, così **superandosi definitivamente gli indirizzi secondo cui i mezzi di prova previsti nel processo civile, con la sola eccezione della consulenza tecnica, non sarebbero stati mai ammissibili nel giudizio amministrativo di legittimità.**

Proprio questa marcata assimilazione della disciplina in esame a quella processual civilistica rende quello dell’istruttoria il terreno privilegiato su

cui si manifesta la tendenza – evidente anche sotto molti altri aspetti del nuovo testo normativo – alla “civilizzazione” del processo amministrativo.

Sebbene si possa escludere che il legislatore del Codice processuale abbia inteso introdurre nel giudizio dinanzi ai TT.AA.RR. e al Consiglio di Stato una autonoma fase di istruzione della causa, analoga a quella disciplinata dal codice di procedura civile, tuttavia si è rilevato che sarà la logica stessa a cui è ispirato il “nuovo” processo a determinare una profonda metamorfosi nella struttura del giudizio: in particolare, non è soltanto la necessità di provvedere all’ammissione dei mezzi di prova richiesti dalle parti, ma anche l’esigenza di valutare una serie di altre questioni preliminari a porre il problema di prevedere un’udienza apposita, non coincidente con quella di discussione, e non identificabile con quella camerale in cui si esaminano le sole eventuali istanze cautelari, in cui avvenga un primo “contatto” tra il giudice e le parti, idoneo a evitare inutili lungaggini e ritardi.

Per altro verso, da quando si è acquisita piena contezza della natura singolare dell’attività svolta dagli organi della giustizia amministrativa, la dottrina più attenta ha manifestato un atteggiamento cauto verso la tendenza a una meccanica trasposizione delle norme del diritto processuale civile al processo amministrativo, a causa dell’esistenza di uno “specifico” e di una peculiarità proprie dell’attività giurisdizionale amministrativa e, quindi, *in nuce* l’idea che la giurisdizione amministrativa avesse una propria dignità autonoma, tale da non renderla relegabile al rango di una specie di “sottoprodotto” della giurisdizione civile. E’ quest’idea che costituisce una delle basi teoriche dell’odierna codificazione, fra i cui tanti intenti vi è anche quello di **segnare il definitivo abbandono della concezione del giudice amministrativo come giudice “speciale” in favore di una sua visione come “giudice ordinario” delle situazioni giuridiche sottoposte**

alla sua cognizione, posto su di un piano di pari dignità col giudice ordinario e con esso destinato a cooperare in vista della più piena ed effettiva tutela giurisdizionale.

E' proprio quest'idea a essere oggi consacrata all'art. 7 del Codice, laddove, per **individuare l'oggetto della giurisdizione amministrativa, più che sul tradizionale criterio di riparto (pur richiamato dalla norma) fondato sulla diversa natura di diritto soggettivo o interesse legittimo delle situazioni giuridiche controverse, si insiste sul fatto che debba trattarsi di controversie “concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.**

Peraltro nell'attuale art. 39 cod. proc. amm., il quale dispone che: “...*Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali*”, malgrado la disposizione sembri riprodurre una apposita prescrizione contenuta nella legge-delega, la dottrina ha immediatamente evidenziato come, **laddove quest'ultima si limitava a richiedere un “coordinamento” con le norme processual civilistiche, l'art. 39 si spinge ben oltre, introducendo un vero e proprio “rinvio esterno” di portata generale; in altri termini, esso si atteggia a vera e propria norma “di chiusura” del sistema, accentuando quel processo di “civilizzazione”.**

La dottrina che maggiormente si è occupata dei problemi afferenti all'istruttoria nel giudizio amministrativo è giunta a elaborare una concezione che, **fermo restando il suo inquadramento nello schema del “processo di parti”, assoggetta tale processo a principi peculiari in materia di acquisizione probatoria. In sostanza, di pari passo con l'evoluzione del sistema – attraverso il già evidenziato trapasso dal**

giudizio sull'atto a quello sul rapporto – verso un modello di giurisdizione conforme ai principi di terzietà e imparzialità del giudice e di parità delle parti (principi oggi consacrati nel novellato art. 111 Cost.), l'attività di cognizione del giudice acquistava sempre maggior rilevanza rispetto all'originaria mera verifica documentale; e, man mano che ciò avveniva, appariva sempre più evidente la tensione tra l'attuazione dei predetti principi e l'assetto originario del rapporto sostanziale su cui incideva il processo amministrativo: un rapporto non paritario, ma connotato dalla posizione di superiorità di una delle parti la p.a., che era titolare di quello che oggi si qualificherebbe come “potere autoritativo”. Tale ontologica disparità di posizioni si rifletteva anche sul piano processuale sotto il profilo della disponibilità dei mezzi di prova, quasi mai agevole per il ricorrente e ben più ampia per l'amministrazione convenuta.

La dottrina più autorevole ha colto proprio in questo dato di partenza la giustificazione del peculiare assetto del **processo amministrativo, che comunemente si dice essere governato dal principio “dispositivo con metodo acquisitivo”**: in sintesi, mentre al livello dei principi generali in materia di prova valgono *in toto* le regole del processo di parti (e, quindi, il giudice è tenuto a decidere sulla base delle allegazioni delle parti, alle quali incombe la prova dei fatti da ciascuna di esse affermati), diverso è il discorso quanto al metodo di formazione della prova, laddove il giudice può sopperire alla disparità tra le posizioni sostanziali delle parti, acquisendo d'ufficio documenti ed elementi di prova di cui gli sia stata prospettata (ed eventualmente dimostrata) l'esistenza. Si tratta di un'operazione di “riequilibrio” dell'originaria disequaglianza tra le parti, peraltro non ignota al nostro ordinamento, essendo stato osservato che analoghi meccanismi il legislatore introduce anche nel processo civile, nell'ambito di riti speciali

caratterizzati dalla presenza di una parte “debole”, come il processo del lavoro.

Questa attenuazione dei caratteri comuni del principio dispositivo, per cui al giudice sono sì riconosciuti poteri inquisitori ma questi sono comunque limitati all’acquisizione delle prove di fatti allegati dalle parti, si traduce nella formula per cui nel giudizio amministrativo sulle parti incombe non l’onere della prova, ma l’onere del c.d. principio di prova. Si è parlato anche di un principio della “vicinanza alla prova”, nel senso che il rigore dell’onere della prova può subire deroghe laddove una delle parti risulti oggettivamente più agevolata delle altre nell’accesso ai mezzi di prova.

E’ questo il dato di partenza su cui è intervenuto il Codice del processo amministrativo, la cui disciplina in materia di mezzi di prova è stata ritenuta dai primi commentatori del tutto in linea con i principi sopra richiamati, i quali risultano anzi esplicitati agli artt. 63, comma 1, e 64, comma 3.

Il legislatore, nel “trapiantare” definitivamente nel giudizio di legittimità la prova testimoniale e altri istituti del codice di procedura civile, non si è fatto carico di dettare alcuna disposizione atta a calarli adeguatamente su una realtà ontologicamente diversa, quale si è visto essere quella del giudizio amministrativo e dei rapporti sostanziali di cui questo si occupa. Peraltro è dal sistema nel suo complesso che è possibile dedurre i limiti all’utilizzabilità dello strumento testimoniale, che nel processo amministrativo potrà essere impiegato certamente per provare fatti estranei al provvedimento oggetto di impugnazione (e che tuttavia si assuma essere rilevanti per dimostrarne l’illegittimità), ma non per far emergere circostanze contrarie a quelle attestate in atti pubblici e fidejacenti.

Vi è poi anche una sorta di ambiguità di fondo presente nella normativa del Codice, che appare ancora più chiara ove le norme in materia di prove vengano poste in rapporto al principio di parità delle parti affermato in via generale dall'art. 2 dello stesso articolato: in sostanza va affacciandosi in dottrina un'interpretazione "sostanzialistica" del concetto di "*parità delle parti*", assumendosi che con esso il legislatore del 2010 avrebbe inteso affermare un principio destinato a travalicare l'ambito della semplice dialettica processuale per estendersi all'assetto generale dei rapporti tra p.a. e privati. In particolare, si assume che col Codice processuale si sarebbe compiuta nel senso più pieno la trasformazione del processo amministrativo in "processo di parti", potendosi ormai affermare la totale equipollenza *a latere iudicis* degli interessi contrapposti nel giudizio (alla stessa stregua di quanto accade nel giudizio civile); alla base di tale affermazione c'è l'idea che, una volta che la p.a. abbia esercitato il proprio potere autoritativo nei confronti del privato, verrebbe meno quello squilibrio del rapporto *inter partes* di cui si è detto sopra con effetti irreversibili, destinati a proiettarsi anche nell'ulteriore fase del nuovo esercizio del potere pubblico in esito ad un eventuale annullamento giurisdizionale.

In realtà l'amministrazione interviene nel processo quale portatrice di un interesse non omogeneo a quello privato che le si contrappone, un interesse di matrice pubblicistica al cui perseguimento essa è istituzionalmente preposta e di cui conserva la titolarità durante il processo medesimo e anche dopo, nell'ipotesi di nuovo esercizio del potere a seguito di sentenza di annullamento. Insomma, una cosa è il piano degli strumenti processuali sul quale deve essere assicurata la piena parità tra le parti, altra cosa è il piano dei rapporti sostanziali tra p.a. e amministrati laddove sopravvive la disparità delle posizioni e la disomogeneità degli interessi in gioco.

Il tema della parità tra privato e p.a., come è evidente, non si esaurisce nello stretto ambito dell'istruttoria e dell'acquisizione probatoria, ma investe un po' tutta la portata innovativa del Codice processuale, nel quale si vuole cogliere un approdo che va ben oltre il settore dei poteri di cognizione e accesso al fatto: è come se l'ormai avvenuta conquista del pieno potere del giudice amministrativo di superare lo "schermo" del provvedimento, per conoscere direttamente del rapporto tra amministrazione e privato, debba produrre l'effetto di una sorta di "degradazione" di tale rapporto, equiparabile in tutto per l'organo giudicante a un rapporto di natura paritetica. Ed invero, in svariati punti del Codice, e non solo nelle norme sulle prove, sembra potersi intravedere il presupposto non esplicitato di una concezione dei rapporti tra p.a. e privati alquanto diversa da quella tradizionale.

Non è solo il Codice, ma prima ancora la più generale evoluzione della disciplina del giudizio amministrativo, ad aver ingenerato il diffuso timore che un'eccessiva estensione dei poteri di accesso diretto al fatto finisca per trasformare il giudice in una specie di "super-amministratore" con invasione della sfera riservata al potere amministrativo. Tale preoccupazione produce l'effetto per cui la p.a., una volta assunta la qualità di parte processuale, perciò stesso dismetterebbe la propria veste di soggetto istituzionalmente deputato al perseguimento dell'interesse pubblico, potendo essere trattata dal giudice al pari della parte privata.

Se è vero che una certa lettura di essa porta a intravedere una "trama" dei rapporti tra p.a. e amministrati del tutto originale e innovativa, e tale da indurre a un profondo ripensamento di nozioni e concezioni consolidate, è allora lecito chiedersi se sia plausibile che una tale "rivoluzione copernicana" si realizzi per tramite della disciplina del processo, anziché di quella sostanziale.

In effetti, anche in occasione delle più recenti e decise riforme in materia di azione della p.a. e procedimento amministrativo, il legislatore non è mai giunto al punto di affermare la piena e integrale fungibilità tra attività amministrativa e attività privata. La migliore dottrina ha sottolineato come, pur con la decisa opzione a favore del ricorso a forme e strumenti privatistici per il perseguimento delle finalità pubbliche – evidente, ad esempio, nella novella del 2005 che ha interessato la legge generale sul procedimento – non si sia mai smarrita la linea distintiva tra dette finalità e quelle private, rappresentata dalla presenza dell'interesse pubblico come fattore di irriducibilità della logica pubblicistica a quella privatistica.

E' chiaro come non sia assolutamente auspicabile una totale omogeneizzazione tra le norme che regolano l'azione dei poteri pubblici e quelle applicabili ai rapporti interprivati; trattasi di uno sbocco suscettibile di ridurre la funzione giurisdizionale amministrativa a una mera *species* di quella ordinaria e pertanto di avallare l'idea dell'inesistenza di una reale "specificità" della giurisdizione amministrativa, tale da legittimarne e giustificarne la sopravvivenza come istituzione autonoma e separata dalla giurisdizione ordinaria .

E' forse tempo di aprire anche in Italia una riflessione sulla nozione di "rapporto amministrativo" presente in altre esperienze continentali, e quindi di approfondire sul piano teorico i profili e le peculiarità di quel particolare rapporto giuridico che si instaura tra p.a. e amministrati, allorché la prima esercita i propri poteri pubblicistici; forse, proprio a seguito di ciò, il Codice del processo produrrà un ulteriore effetto di avviamento di quella codificazione del diritto amministrativo sostanziale che fino a ieri era considerato impensabile, e del quale oggi invece qualcuno comincia a parlare. Senza attendere che si realizzi un tale ambizioso obiettivo, **sarebbe senz'altro opportuno quanto meno un riordino organico della disciplina**

del processo amministrativo, oggetto negli ultimi anni di ripetuti e non sempre coerenti e meditati interventi di riforma.