

Prova

Brevi note sul principio di non contestazione nel processo amministrativo

di Federico Gaffuri

Nella trattazione che segue si prende in esame il principio di non contestazione. Ci si sofferma, innanzitutto, sull'elaborazione giurisprudenziale del principio antecedente e successiva alla sua codificazione ad opera dell'art. 64, comma 2, c.p.a. Si analizzano, inoltre, le diverse posizioni espresse in argomento dalla dottrina, in particolare quelle più recenti, e si tenta di definire i connotati ontologici e funzionali, tuttora incerti, del principio tenendo conto delle attuali caratteristiche del processo amministrativo. Si individuano, infine, i presupposti e le condizioni per l'applicazione dell'istituto e si sottolineano i profili problematici non ancora risolti.

Il principio di non contestazione nella giurisprudenza antecedente e successiva alla codificazione del principio ad opera dell'art. 64 c.p.a.

Come noto, l'art. 64, comma 2, c.p.a., ha introdotto nella disciplina positiva del processo amministrativo il principio di non contestazione.

Il citato precetto - il quale riproduce quasi letteralmente il dettato dell'art. 115 c.p.c., così come modificato dall'art. 45 della L. n. 69/2009 - stabilisce che «salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificamente contestati dalle parti costituite».

Invero, anche prima della codificazione del processo amministrativo, avvenuta con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, la prevalente giurisprudenza era propensa ad attribuire rilevanza al contegno non contestatorio, assunto dalle parti nel corso del giudizio (1).

Tale rilevanza, secondo il consolidato indirizzo interpretativo (2), rappresentava il logico e naturale corollario del principio della domanda, segnatamente di «quel coefficiente» di disponibilità delle parti sui fatti e sulle prove, che il suddetto principio - valevole anche nell'ordinamento processuale qui considerato (3) - sottende (4).

Si era, altresì, osservato che l'onere di contestazione, rispondendo ad una fondamentale esigenza di semplificazione ed accelerazione processuale desti-

Note:

(1) Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2247, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 5, I, 1416; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 454, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1578, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 3, 989; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 febbraio 2010, n. 330, *ivi*, 5, I, 1416.

(2) Sul punto si rimanda alla sentenza del T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 454, citata nella nota precedente: in essa si rileva, in particolare, che «... trova applicazione, quale principio ormai generalmente riconosciuto nell'ordinamento processuale civile di cui non si ravvisano incompatibilità con il processo amministrativo, quello per cui, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., come modificato dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, il giudice "deve porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita". Trattasi di norma che recepisce un lungo dibattito giurisprudenziale, dapprima formatosi nell'ambito della giurisprudenza del lavoro, e risponde ad una logica di semplificazione, accelerazione del processo, nonché coerenza della condotta processuale della parte che trova oggi copertura costituzionale nel principio del giusto procedimento di cui all'art. 111 della Costituzione».

(3) Sul processo amministrativo come processo di parti, informato al principio della domanda si veda M. Nigro, *Domanda (principio della), Il Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, *ad vocem*; L. Mazzaroli, *Il processo amministrativo come processo di parti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 463 ss.; V. Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, *ivi*, 2001, 859 ss.

(4) In tal senso G. Verde, *Domanda (principio della), Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma XII, 1989, 9. Sul punto si veda pure A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, *passim*; *Id.*, *A proposito dell'onere di "prendere posizione"*, in *Giur. It.*, 1997, I, 2, 151 ss.; G. Frus, *Note sull'onere del convenuto di "prendere posizione" nel processo del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1991, 63 ss.; *Id.*, *Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinarie ed incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. It.*, 2011, 619 ss.; C.M. Cea, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro It.*, 2011, V, 101 ss.

nata a dare attuazione al principio del giusto procedimento sancito dall'art. 111 Cost., era sicuramente configurabile anche nel giudizio amministrativo, nonostante in esso non vi fosse un esplicito riconoscimento legislativo (5).

In particolare, secondo l'opinione giurisprudenziale più diffusa in epoca antecedente all'entrata in vigore del nuovo codice, la mancata presa di posizione sui fatti rappresentati da controparte, pur non integrando, in assenza di diverse indicazioni normative, né una piena prova né un'ammissione implicita del fatto *ex adverso* dedotto (6), costituiva comunque un comportamento processuale, da cui il giudice degli interessi legittimi era legittimato a trarre argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116 c.p.c. (7).

A seguito della riforma del 2010, l'esistenza, anche nel sistema processuale qui considerato, dell'onere, per le parti, di controdedurre sulle difese e sulle allegazioni avversarie non può più essere messa in discussione, essendo ormai divenuto un dato di diritto positivo.

Rimangono, tuttavia, ancora incerti i contorni dell'istituto; il menzionato art. 64, comma 2, c.p.a. non chiarisce, in effetti, quali siano le conseguenze che il difetto di contestazione comporta sull'onere della prova e sui poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice (8).

In relazione alla prima questione, la giurisprudenza formatasi dopo l'entrata in vigore dell'art. 64, comma 2, c.p.a. appare orientata a rinvenire nella mancata proposizione di difese, eccezioni o repliche in ordine a fatti addotti da controparte una condotta processuale univocamente significativa ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice.

Più esattamente si reputa che l'organo decidente debba astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto pacifico e incontestato e debba considerarlo sussistente, in quanto l'atteggiamento passivo della parte interessata a contraddire espunge il fatto medesimo dal novero degli accertamenti richiesti (9).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale in esame, quindi, il contegno non contestatorio assume il valore di piena prova; tale qualificazione giuridica, in particolare, è desunta dalla «collocazione topografica del disposto dell'art. 64, comma 2, c.p.a.» (10). Per il predetto indirizzo interpretativo, l'inserimento del principio di non contestazione nella disciplina dei mezzi istruttori e la sostanziale equiparazione dei «fatti non specificamente contestati» alle «prove proposte dalle parti», compiuta con il precetto da ultimo richiamato, confermerebbe che, nell'am-

bito del processo amministrativo, i fatti non oggetto di disputa tra le parti costituite confluiscono nel concetto di prova, cui si riferisce il comma 1 dello stesso art. 64 c.p.a.

Dunque, se una parte ha adempiuto all'onere di allegazione e controparte non ha preso posizione sulle circostanze rappresentate, il fatto dedotto risulta definitivamente accertato e, di conseguenza, all'organo giudicante è inibito l'esercizio dei suoi poteri acquisitivi al fine di accertare il medesimo fatto (11).

Note:

(5) Al riguardo si veda ancora T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 454, cit. Occorre sottolineare che, anche dopo l'entrata in vigore del codice, continua a non essere contemplata nella disciplina del processo amministrativo una norma analoga all'art. 167 c.p.c., che imponga alla parte resistente l'onere di «proporre tutte le difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda...».

(6) In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2001, n. 4826, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(7) Sul punto si rinvia alla giurisprudenza citata nelle note precedenti.

(8) Riguardo ai poteri istruttori del giudice amministrativo si rinvia a F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1952, *passim*; Id., *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, 204 ss.; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, spec. 374 ss. Più di recente si veda R. Villata, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 201 ss.; Id., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, ivi, 1995, 195 ss.; C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, spec. 20 ss.; L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, *passim*; L.R. Perfetti, *Prova (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, 2007, 917; P. Chirulli, *L'istruttoria*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 536 ss.

(9) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 22 marzo 2012, n. 1444, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 3, 914; Id., 5 maggio 2011, n. 2463, *ivi*, 2011, 1689; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 1° agosto 2011, n. 2044, in *Giur. It.*, 2012, 1181, con commento di C. Lamberti, *All'amministrazione inerte nel giudizio si applica sempre il principio di non contestazione?*

(10) Così T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 22 marzo 2012, n. 1444, cit.

(11) In tal senso si veda ancora T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 22 marzo 2012, n. 1444, cit. Giova ricordare che, soprattutto dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la giurisprudenza appare concorde nel ritenere che «La disciplina contenuta nell'art. 2697 c.c. (corrispondente, ora, all'art. 64, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010) secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti» debba «trovare integrale applicazione anche nel processo amministrativo ogniqualvolta non ricorra disuguaglianza di posizioni tra p.a. e privato» (così Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924, in *Giuda al Diritto*, 2011, 9, 85); per questo motivi «solo nell'ipotesi in cui tale disuguaglianza ricorre, trova applicazione il cd. "metodo acquisitivo" che consente al giudice di integrare le allegazioni probatorie anche parziali, senza peraltro sostituirsi al diretto interessato, il quale deve comunque fornire qualche elemento di riscontro» alle proprie domande ed argomentazioni difensive (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2011, n.

(segue)

Occorre sottolineare che, in qualche occasione, i giudici amministrativi si sono discostati dalla ricostruzione innanzi descritta.

In alcune pronunce, infatti, si è prospettata la diversa opinione secondo cui la non contestazione rileva come mero argomento di prova, liberamente valutabile dall'organo decidente al pari di ogni altro comportamento processuale, ai sensi degli artt. 116 c.p.c. e 34, comma 4, c.p.a. (12).

Le diverse posizioni espresse in argomento dalla dottrina; tentativo di ricostruzione dei connotati ontologici e funzionali assunti dal principio in questione nell'attuale disciplina del processo amministrativo

La tesi seguita dalla prevalente giurisprudenza amministrativa *post* Codice, per la quale la non contestazione si sostanzierebbe in una *ficta confessio* – ovvero assumerebbe il significato di una implicita ammissione e produrrebbe i medesimi effetti di una prova legale – è criticata dalla più recente dottrina che si è occupata del tema (13).

Quest'ultima osserva (14) innanzitutto, richiamandosi all'indirizzo interpretativo maggioritario espresso in argomento dalla dogmatica processualciviltica (15), che, a stretto rigore, il fatto incontestato non equivale a fatto provato, ovvero a fatto positivamente accertato nella sua esistenza o inesistenza. Si fa notare (16) giustamente che dall'inerzia di una parte rispetto alle avverse affermazioni non si può ragionevolmente arguire che l'affermazione non contraddetta sia dimostrata, ma al più si potrà assumere che tale affermazione è certa e pacifica salvo che non emergano nel corso del giudizio evidenze contrarie che ne smentiscano la veridicità o l'attendibilità (17).

Se, dunque, dagli elementi raccolti nell'istruttoria eseguita risulta che il fatto non contestato è falso, il giudice dovrà prenderne atto e pronunciarsi di conseguenza; analogamente, se le parti hanno dedotto prove o se vi sono prove disponibili d'ufficio su quel fatto, dette prove vanno acquisite e sul fatto il giudice deciderà secondo il loro esito (18).

Vi è poi una ragione ulteriore, di ordine sistematico, che impedisce di attribuire, nell'ambito del giudizio amministrativo, alla non contestazione la funzione ed il valore di un'ammissione implicita: in quest'ultimo ordinamento processuale permane ancor oggi la regola della indisponibilità del rapporto controverso e, quindi, dell'inammissibilità delle prove legali (19).

Note:

(segue nota 11)

5696, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 10, 3121). Nel medesimo senso si veda, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 160, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 1, 159; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 23 ottobre 2012, n. 1120, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 10, 3039; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 18 ottobre 2012, n. 8633, *ivi*, 2012, 10, 3141.

(12) Così, ad esempio, T.A.R. Piemonte, sez. II, 25 febbraio 2011, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 667, in cui si sostiene che «la mancata costituzione in giudizio e la conseguente assenza di ogni difesa da parte dell'amministrazione intimata comporta l'applicazione del principio di non contestazione ovvero argomenti di prova sfavorevoli ex art. 64, comma 4, dello stesso Codice, dovendosi ragionevolmente dedurre che, rispetto a quanto dedotto in ricorso e riscontrato dal Collegio giudicante, l'Amministrazione non-avesse alcuna difesa da opporre». Soprassedendo, per il momento, sul merito della tesi giurisprudenziale sopra riportata (ovvero sull'equiparazione del fatto non contestato al mero argomento di prova, tesi quest'ultima rispetto alla quale si avrà modo di prendere posizione nel prossimo paragrafo della presente trattazione, cui si rinvia per approfondimenti), è agevole comunque rilevare l'erroneità del presupposto su cui essa si fonda, posto che l'applicazione del principio *ivi* richiamato postula necessariamente, per esplicita previsione dell'art. 64, comma 2, c.p.a., che la parte rimasta inerte si sia costituita in giudizio. Per ulteriori valutazioni critiche riguardo alla pronuncia in esame si rinvia a G. Tropea, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1142 ss., spec. 1182-1183.

(13) In tal senso F. Follieri, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1013 ss.; G. Tropea, *ult. op. e loc. cit.*

(14) Si rinvia al riguardo a G. Tropea, *ult. op. cit.*, 1151.

(15) Si veda in argomento A. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro It.*, 2003, I, 604 ss.; M. Fornaciari, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *www.judicium.it*; B. Sassani, *L'onere di contestazione*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2010, 401 ss.; M. Taruffo, *Dei poteri del giudice (sub art. 115 c.p.c.)*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del codice di procedura di procedura civile*, libro primo, disposizioni generali, Bologna, 2011, 483 ss.; I. Pagni, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. It.*, 2011, 237 ss.

(16) Cfr. G. Tropea, *ult. op. cit.*, 1188.

(17) Sul punto si veda B. Sassani, *ult. op. cit.*, 402-403; G. Verde, *ult. op. e loc. cit.*; F. Follieri, *ult. op. cit.*, 1019, il quale sottolinea che «I fatti non contestati si distinguono dalle prove introdotte dalle parti (o dal giudice nell'esercizio dei suoi poteri officiosi) non per la loro efficacia, ma perché nei primi manca l'esperimento del mezzo di prova richiesto per il loro accertamento».

(18) In tal senso M. Taruffo, *ult. op. cit.*, 492. Con specifico riferimento al processo amministrativo si veda L. Giani, *La fase istruttoria*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 368.

(19) In argomento si veda, per tutti, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 260-261. In senso critico si veda, però, F.G. Scoca, *Artt. 63 e 64*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2010, 535 ss., il quale ravvisa nella vigente disciplina del processo amministrativo alcuni chiari "indizi" della disponibilità dell'oggetto del giudizio, primo fra tutti proprio il principio di non contestazione: così in *ult. op. cit.*, 546.

Tale regola, infatti, è confermata, anche nel vigente codice del processo amministrativo, dalla perdurante esclusione dai mezzi di prova ammessi dell'interrogatorio formale e del giuramento: così prevede l'art. 63, comma 5, c.p.a. (20).

È agevole rilevare che, configurando il fenomeno di cui si discute come *ficta confessio*, si finisce per introdurre surrettiziamente nel sistema giurisdizionale, di cui si tratta, un'ipotesi di prova legale.

Occorre aggiungere poi che risulterebbe addirittura paradossale se si riconoscesse al fatto non contestato un'efficacia probatoria superiore a quella propria della piena prova, la quale - è utile rammentare - è sempre soggetta al prudente apprezzamento del giudice amministrativo, in ossequio a quanto prescritto dall'art. 64., u.c., c.p.a. (21).

Per le suesposte ragioni la dottrina formatasi a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 104/2010, appare giustamente incline - in conformità, del resto, con l'orientamento interpretativo più comune relativo all'omologo istituto disciplinato dall'art. 115 c.p.c. (22) - a ravvisare nel principio di non contestazione una tecnica semplificatoria, coerente con i principi di economicità processuale e di autoresponsabilità delle parti (23), che determina una semplice *relevatio ad onere probandi* in capo a chi ha allegato il fatto non oggetto di dialettica processuale (24).

In sostanza, per l'indirizzo esegetico ora richiamato, l'omissione di qualsiasi attività assertiva da parte del contendente su cui grava l'onere di contestazione rappresenta un comportamento processuale idoneo a rendere le affermazioni *ex adverso* proposte non bisognose di puntuale dimostrazione (25).

L'applicazione della regola processuale, posta dall'art. 64., comma 2, c.p.a., condiziona, dunque, l'onere della prova dei fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni, giacché esonera da siffatto onere la parte deducente, consentendogli la mera allegazione.

In definitiva, il principio in esame, inteso come *relevatio ad onere probandi*, produce l'effetto di limitare il *thema probandum*, atteso che esclude la necessità di dimostrare le circostanze non poste in discussione dai contraddittori, senza, tuttavia, attribuire a tali circostanze il valore di prova legale (26).

Così concepita, la non contestazione incide inevitabilmente anche sui poteri istruttori, riservati all'autonoma iniziativa del giudice.

Infatti, qualora il ricorrente o l'amministrazione intimata abbiano omissso di prendere posizione sulle allegazioni avversarie, al giudice rimane interdetto l'esercizio del potere acquisitivo, disciplinato dal-

l'art. 64, comma 3, c.p.a., al fine di accertare la veridicità di siffatte allegazioni.

Ciò in quanto il potere officioso ora menzionato - come ha sottolineato, in più occasioni, la giurisprudenza (27) - ha carattere residuale ed eccezionale ed è esperibile unicamente nel caso in cui i litiganti abbiano delineato e comprovato il *thema decidendum*, essendo l'onere della prova integralmente posto in capo ad essi (28).

Note:

(20) In proposito osserva giustamente F. Follieri, in *ult. op. cit.*, 1015-1016, che «L'equiparazione dei fatti alle prove proposte [ai sensi dell'art. 64, comma 4., c.p.a.] esclude... che la non contestazione possa essere assimilata ad una prova legale (*ficta confessio*) o ad una fonte presuntiva. Se i fatti non contestati sono equiparati alle "prove proposte dalle parti", non può non valere lo stesso regime giuridico, con conseguente applicabilità dell'art. 116, comma 1, c.p.c. e dell'art. 64, comma 4, prima parte c.p.a. (anch'essi quasi identici), per il quale "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento". Dato che la disciplina delle prove legali si caratterizza per la sua eccezionalità rispetto al criterio del "prudente apprezzamento" del giudice, il legislatore che avesse inteso assimilare i fatti non contestati alle prove legali avrebbe qualificato tali fatti come eccezione alla regola di giudizio per la quale il giudice decide secondo il libero apprezzamento... e non sullo stesso piano delle prove, fornite dalle parti, prudentemente apprezzabili...».

(21) In argomento si rinvia a F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in www.giustamm.it.

(22) Si rimanda sul punto alla dottrina menzionata nella precedente nota 15.

(23) Osserva giustamente F. Follieri, in *ult. op. cit.*, 1032-1033, che il processo amministrativo è e deve essere «non solo (ed effettivamente) un processo di parti, ma di parti responsabili dei propri comportamenti processuali omissivi e commissivi».

(24) Oltre alla dottrina citata nella precedente nota 13 si vedano A. Chizzini, L. Bertonazzi, *L'istruttoria*, in R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 659 ss., spec. 676-678, i quali sottolineano che «... la non contestazione... rinviene la propria matrice sistematica, al pari dei poteri (oneri) di iniziativa istruttoria, nel riconoscimento alle parti del potere (onere) di disposizione processuale dei fatti»: così in *ult. op. cit.*, 677.

(25) Sul punto si veda A. Proto Pisani, *ult. op. e loc. cit.*

(26) Cfr. F. Follieri, *ult. op. cit.*, 1021.

(27) Si veda, da ultimo, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 5 gennaio 2011, n. 16, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 1, 250; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 1° dicembre 2010, n. 26440, *ivi*, 2010, 12, 3988; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 10 giugno 2011, n. 490, *ivi*, 2011, 6, 2012. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto si rinvia a C. Lamberti, *Primi orientamenti sulla prova nel nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

(28) Così F.G. Scoca, *ult. op. e loc. cit.*; C. Lamberti, *Commento all'art. 63 c.p.a.*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, spec. 621; G. Manfredi, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2011, 478; F. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011, 241; *Id.*, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, *cit.* In particolare in quest'ultima opera l'Autore rileva (p. 13) che «l'art. 2697 c.c. trova integrale applicazione ogni volta che non

(segue)

È pertanto inibito al giudice supplire, con proprie iniziative di natura istruttoria, ad incumbenti cui i soggetti agenti o resistenti avrebbero dovuto diligentemente provvedere *motu proprio* (29).

Ne deriva che l'organo giudicante potrà disporre l'acquisizione di prove, in applicazione del succitato art. 64, comma 3, c.p.a., solo se la parte costituita abbia contestato specificamente le prospettazioni avversarie, ma non abbia supportato con adeguati mezzi di prova le controdeduzioni presentate per l'oggettiva impossibilità o difficoltà di procurarsi gli elementi di riscontro necessari (30).

Al contrario, qualora manchi una puntuale attività di difesa, il fatto *ex adverso* allegato va ritenuto veritiero e certo. In tal caso il fatto introdotto in giudizio e non contraddetto dalla parte interessata, al pari del fatto positivamente accertato, è valutato dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento ed è posto a fondamento della sua decisione (tale trattamento è la conseguenza dell'equiparazione tra deduzione non contestata e prova acquisita, stabilita dal richiamato art. 64, comma 2, c.p.a.).

Occorre segnalare che la suindicata ricostruzione dei rapporti esistenti tra l'onere di contestazione ed i poteri istruttori d'ufficio, devoluti al giudice amministrativo, non è unanimemente condivisa dalla dottrina.

Vi è, invero, chi (31) ritiene che dall'applicazione del principio in esame non derivi alcun vincolo per l'attività di approfondimento e d'indagine sui fatti rilevanti per la decisione.

Secondo questa corrente di pensiero, al giudice amministrativo è consentito disporre adempimenti istruttori anche rispetto a fatti non oggetto di disputa tra le parti, fermo restando sempre il dovere di garantire il contraddittorio tra le medesime parti (32).

In definitiva, per la linea di pensiero ora riferita, la non contestazione assume il valore di un mero argomento di prova.

Tale assimilazione, tuttavia, appare in contrasto con il tenore letterale del precetto che regola l'istituto, posto che il più volte menzionato art. 64, comma 2, c.p.a. attribuisce chiaramente alle allegazioni non contestate la stessa rilevanza delle prove fornite dalle parti.

I fatti pacifici e non controversi, dunque, si distinguono nettamente, per espresso disposto normativo, dai semplici argomenti di prova, i quali trovano la loro diversa disciplina nel comma 4 della disposizione sopra citata.

In base a quest'ultima disposizione - si ricorda - il giudice è libero di desumere argomenti di prova dal

contegno processuale tenuto dalle parti; tali argomenti, peraltro, a differenza dei fatti non contestati, sono inidonei, da soli, a fondare il convincimento del giudice - giacché possono, al più, contribuire a rafforzare il quadro probatorio già formato - non esonerano la parte dall'onere della prova né tanto meno limitano in alcun modo i poteri acquisitivi del giudice (33).

Individuazione dei presupposti per l'applicazione del principio e dei profili problematici non ancora risolti

Una volta delineati i profili strutturali e funzionali dell'istituto, restano da definire i presupposti e le condizioni per la sua applicabilità.

Sul punto è lo stesso art. 64, comma 2, c.p.a., a chiarire innanzitutto che la regola istruttoria ivi dettata opera unicamente nei confronti delle parti costituite: dalla mancata costituzione non è pertanto mai desumibile, neppure in via presuntiva, una volontà non contestatoria dell'interessato rimasto estraneo al giudizio, essendo un simile evento, di per sé, neutro e quindi, del tutto inadatto a espri-

Note:

(segue nota 28)

ricorra quella disuguaglianza di posizioni tra l'amministrazione stessa ed il privato ..., a ben guardare, anche nel processo amministrativo non si [fa] altro che applicare il criterio della c.d. "vicinanza alla prova", principio regolatore della disciplina della distribuzione dell'onere della prova tra le parti da sempre utilizzato anche nel processo civile, pur rigorosamente improntato al principio dispositivo».

(29) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 1° dicembre 2010, n. 26440, cit.; in senso conforme C. Lambertini, *Primi orientamenti sulla prova nel nuovo processo amministrativo*, cit., 6.

(30) Così, ad esempio, nel caso in cui i fatti dedotti siano nella esclusiva disponibilità dell'amministrazione resistente (cfr. T.A.R. Lazio, Latina, 10 giugno 2011, n. 490, cit.) o nel caso in cui i documenti indicati dal ricorrente a supporto dei motivi d'impugnazione siano formati e custoditi dall'amministrazione, specie se questi documenti non siano liberamente accessibili dall'interessato (in tal senso T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 13 luglio 2011, n. 3775, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 7-8, 2474). Giova sottolineare che, anche prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, era opinione consolidata in giurisprudenza ed in dottrina che il metodo acquisitivo, nell'istruttoria del processo amministrativo, avesse l'esclusiva funzione di riequilibrare l'asimmetria esistente tra le parti in ordine alla disponibilità della prova; in argomento si veda, tra gli altri, F. Saitta, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, spec. 294-295; G. Manfredi, *ult. op. e loc. cit.*; L. R. Perfetti, *ult. op. e loc. cit.*

(31) Così A. Travi, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, in www.osservatorioappalti.unin.it, p. 11-12 del dattiloscritto.

(32) *Idem*.

(33) Sul punto si veda F. Follieri, *ult. op. cit.*, 1015; A. Chizzini, L. Bertonazzi, *L'istruttoria*, cit., spec. 706-710.

mere qualsiasi significato anche solo implicito o indiretto (34).

Inoltre l'onere di controdeduzione, posto in capo alle parti dalla disposizione poc'anzi indicata, riguarda esclusivamente i fatti, in specie quei fatti che la parte è tenuta ragionevolmente a conoscere (35), non, quindi, le considerazioni in diritto e le interpretazioni della disciplina legale, la cui cognizione resta riservata al giudice (36).

La norma disciplinatrice dell'istituto richiede poi - affinché l'attività difensiva compiuta sia idonea ad evitare che il fatto contrastato o negato diventi non bisognoso di piena prova - che la contestazione sollevata sia specifica.

In sostanza l'onere, di cui si discetta, è direttamente proporzionale al grado di specificità dell'allegazione avversaria: tanto più quest'ultima è puntuale e circostanziata tanto più analitica, diretta ed argomentata dovrà essere la presa di posizione su di essa da parte del contraddittore (37).

La dottrina (38) appare poi concorde nell'affermare che il principio di non contestazione sia applicabile non solo ai fatti primari, ma anche a quelli secondari.

Il suindicato convincimento si fonda sull'orientamento interpretativo prevalente, propenso a ritenere che, anche nel processo amministrativo, spetti esclusivamente alle parti introdurre in giudizio e dimostrare i fatti secondari, stante il carattere soggettivo di detto processo e la vigenza in esso del principio dispositivo (39).

Per derivazione si reputa che anche l'onere di contestazione si estenda ai fatti secondari; si osserva in particolare che quest'ultimo onere non può avere un contenuto diverso rispetto al connesso onere della prova, non solo per l'equiparazione, già segnalata, tra fatto contestato e prova fornita, di cui al citato art. 64, comma 2, c.p.a., ma anche e soprattutto per ragioni di proporzionalità, omogeneità, ragionevolezza e funzionalità del sistema istruttorio nel suo complesso (40).

Riguardo poi ai termini per l'assolvimento dell'onere di controdeduzione, occorre premettere che nel giudizio amministrativo manca una norma analoga all'art. 167 c.p.c., che fissa preclusioni o decadenze per la proposizione di eccezioni processuali e di merito e, più in generale, per il dispiegamento di tutte le difese in merito ai fatti rappresentati da controparte.

Anche dopo l'entrata in vigore del Codice, il termine di costituzione dell'amministrazione resistente e dei controinteressati, ridefinito dall'art. 46 c.p.a., continua ad avere carattere meramente ordinatorio,

come precisato, tra l'altro, dalla stessa Relazione di accompagnamento, con la conseguenza che la costituzione in giudizio dei soggetti intimati rimane ammissibile sino all'udienza di discussione del ricorso (41).

Non essendovi un termine perentorio per la costituzione delle parti non è ipotizzabile neppure un termine decadenziale entro il quale le stesse parti sono tenute a prendere posizione sulle asserzioni avversarie. Ne deriva che l'omessa contestazione, al

Note:

(34) Cfr. C.M. Cea, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro It.*, 2009, V, 269-270.

(35) In tal senso G. Tropea, *ult. op. cit.*, 1167; tuttavia, secondo F. Follieri, *ult. op. cit.*, 1023, l'applicazione, nel processo amministrativo, dell'assunto ora richiamato nel testo pone "seri problemi di adattamento", in quanto, ove l'amministrazione dichiarasse di non conoscere un fatto allegato dal ricorrente, rilevante per l'adozione del provvedimento impugnato, ammetterebbe implicitamente di essere incorsa in un difetto di istruttoria procedimentale.

(36) Appare invocabile in proposito il principio *iura novit curia*; si veda però F. Follieri, il quale, in *ult. op. cit.*, 1029, nota 42, rileva che «i fatti oggetto dell'onere di contestazione sono tanto quelli rilevanti ai fini della decisione nel merito, quanto quelli riferibili a questioni meramente processuali (si pensi, ad esempio, al momento della notifica del ricorso). Una simile distinzione, infatti, non trova corrispondenza nell'oggetto dell'onere della prova, laddove, per fare riferimento all'esempio precedente, il legislatore pone a carico del ricorrente l'onere di dimostrare l'avvenuto perfezionamento della notifica del ricorso... E comunque, una differenziazione fra queste due categorie di fatti non si rintraccia nel codice del processo amministrativo».

(37) Così M. Taruffo, *ult. op. cit.*, 486; G. Tropea, *ult. op. cit.*, 1153.

(38) Per approfondimenti sul punto si rinvia a G. Tropea, *ult. op. cit.*, 1152-1153 e 1156-1157.

(39) In argomento si rimanda a F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 150 ss.; R. Villata, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, cit., 211; *contra* L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, *passim*, spec. 81 ss., il quale ritiene invece che i fatti secondari siano conoscibili dal giudice anche d'ufficio.

(40) Sul punto si veda F. Follieri, *ult. op. cit.*, 1020 e 1032, il quale osserva che il principio di non contestazione «si misura e si modella necessariamente sul principio dell'onere della prova e, più in generale, sul principio dispositivo»: così in *ult. op. cit.*, 1032; l'Autore ha cura di precisare, tuttavia, in *ult. op. cit.*, 1021, che sono diverse le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento dei due oneri disciplinati dall'art. 64 c.p.a., in quanto «il mancato assolvimento dell'onere della prova, ossia di allegazione dei fatti, nei limiti degli elementi disponibili alla parte (art. 64, comma 1, c.p.a.), conduce al rigetto della domanda o dell'eccezione e produce una regola di giudizio - *attore non probante reus absolvitur*; il mancato assolvimento dell'onere di contestazione, invece, comporta l'equiparazione del fatto non contestato ai fatti provati, espungendoli dal *thema probandum*, senza, però, munirli dell'efficacia della prova legale e, quindi, senza produrre alcuna regola di giudizio».

(41) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5, in www.lexitalia.it.

pari di ogni altro contegno processuale, assume rilevanza - in quanto diventa definitiva ed irreversibile - solo dopo lo svolgimento dell'udienza pubblica di discussione (42).

Per le susesposte ragioni l'onere di contestazione, trasposto nel giudizio amministrativo, è stato da alcuni (43) definito come un onere "leggero", in considerazione del fatto che, una volta conclusosi l'iter processuale imposto dalla legge, gli unici fatti che rimarranno incontestati saranno, con ogni probabilità, solo quelli oggettivamente incontrovertibili, salvi errori degli avvocati o collusioni fraudolente tra le parti (44).

L'aspetto ora segnalato appare il vero *puctum dolens* della disciplina dettata dall'art. 64, comma 2, c.p.a., giacché è del tutto evidente che la mancanza di un regime di preclusioni rischia di vanificare l'intento

semplificatorio sotteso alla regola istruttoria qui in esame.

Nel momento in cui la causa viene trattenuta in decisione, infatti, l'istruttoria è già stata espletata e, dunque, l'eventuale atteggiamento non contestatorio mantenuto dalla parte sino all'udienza di merito diverrà del tutto inutile ed influente, ai fini decisori (45).

Note:

(42) In tal senso F. Follieri, *ult. op. cit.*, 1031-1033; G. Tropea, *ult. op. cit.*, 1169-1174.

(43) Così F. Follieri, *ult. op. cit.*, 1026.

(44) *Ibidem*.

(45) Cfr. F. Follieri, *ult. op. cit.*, 1031; G. Tropea, *ult. op. cit.*, 1173-1174.

RIVISTE

il Fallimento

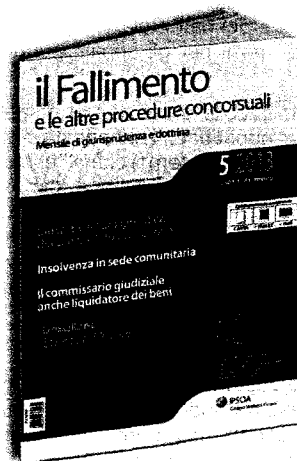
e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

Direttore scientifico: Giovanni Lo Cascio

Comitato di direzione: Massimo Fabiani, Giovanni Lo Cascio, Adriano Patti

Comitato scientifico: Luigi Abete, Giuseppe Bozza, Francesco De Santis, Antonino Dimundo, Corrado Ferri, Massimo Ferro, Luciano Panzani, Cesare Proto, Giorgio Tarzia



La Rivista offre un approfondimento completo dei profili sostanziali e processuali della materia fallimentare.

Ampio spazio è dedicato al commento della giurisprudenza nazionale e sovranazionale e alle novità normative.

Le Rubriche (**Itinerari della giurisprudenza, Questioni nella pratica**) e gli **Osservatori** (Tributario, Unione Europea e altri stati, Lavoro e fallimento, Massimari di legittimità e di merito) offrono un panorama ampio e multidisciplinare delle proce-

dure concorsuali e utili risposte alle questioni peculiari della pratica professionale quotidiana.

Abbonamento annuale € 240,00
Supporto: carta, web, tablet

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 - e-mail: info.commerciali@wki.it)

• **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)

• **<http://shop.wki.it/ipsoa>**