

Il principio di non contestazione nel processo amministrativo

di [Giovanni Virga](#) | 29 dicembre 2014 | [2 commenti](#) [Leggi](#)



Una delle frasi più efficaci e suggestive in materia di prova nel processo è quella scritta da Francesco Carnelutti (a pag. XIII dell'introduzione del suo libro "La prova civile", Roma, 1915; la foto a sinistra è del compianto A.) secondo cui *"l'opera del giudice si svolge tutta in un minuscolo cerchietto di luce, al di là del quale tutto è buio: dietro di lui l'enigma del passato, davanti l'enigma del futuro; quel minuscolo cerchietto è la prova"*.

A mio sommosso avviso l'efficace metafora del cerchietto di luce di Carnelutti può essere utilizzata per descrivere anche altri aspetti del processo (come ad es. l'oggetto del giudizio di appello, costituito non già dall'intera sentenza di primo grado, ma dal cerchietto di luce derivante dai motivi di impugnazione, o addirittura lo stesso oggetto del giudizio amministrativo di primo grado, costituito del pari non già dall'intero provvedimento impugnato, ma dai motivi d'impugnazione).

A ben vedere il "thema decidendum" sia in primo grado che in quello di appello è rappresentato – e soprattutto delimitato – da una serie concentrica di cerchietti di luce, i quali restringono i poteri di cognizione del giudice e non gli consentono di andare più in là della domanda, così come formulata nell'atto introduttivo del giudizio o nell'atto di appello. Un restringimento dei poteri che è ben riassunto dal vecchio broccardo latino secondo cui "ne eat iudex ex officio".

Una preclusione questa solitamente riferita al sistema probatorio, ma che è applicabile al processo in genere ed in particolare al processo d'impugnazione – nel quale, come cercai di dimostrare molto tempo addietro nel mio libro su *"L'attività istruttoria primaria nel processo amministrativo"*, Milano 1991 (che forse non dovrei citare non solo perché le auto-citazioni sono ineleganti, ma soprattutto perché, come ho letto nei verbali dell'ultimo concorso al quale ho partecipato, la monografia in questione non è più valutabile perché scritta diversi lustri addietro, come se i libri fossero delle mozzarelle con data di scadenza incorporata), esiste un "onere di allegazione argomentativa", per il quale cioè non è sufficiente allegare i fatti principali, ma è necessario anche trarre da essi distinti o

comunque distinguibili profili di censura. Per tale tipo di processo, quindi, l'azione del giudice è ristretta nell'ambito del "cerchietto di luce" costituito dai motivi di censura.

L'opera del giudice amministrativo, infatti, non può svolgersi nell'ambito dello schema classico: " Narra mihi factum, dabo tibi ius", dovendosi delimitare il suo "ius dicere" nell'ambito dei motivi dedotti dalle parti (eccezion fatta, ovviamente, per le questioni pregiudiziali rilevabili d'ufficio).

Ricordo al riguardo quel che mi disse efficacemente un magistrato amministrativo nel corso di una conversazione sul tema: noi giudici, spesso, siamo costretti a respingere il ricorso perché, pur essendo profondamente convinti della illegittimità dell'atto impugnato, constatiamo che il ricorrente ha dedotto una serie di motivi pretestuosi od inconferenti, mentre non ha dedotto quell'unico motivo che sarebbe stato di per sé sufficiente a comportare l'annullamento dell'atto.

Il "thema decidendum" è quindi ristretto nel giudizio amministrativo; ma ancor più ristretto è il "thema probandum".

In questo caso, infatti, il minuscolo cerchietto di luce nell'ambito del quale il giudice può operare non è costituito solo da quello che hanno "scritto" le parti, ma anche da quello che hanno "fatto" le parti stesse e segnatamente dal loro comportamento processuale.

Una prima dimostrazione di quanto ho appena detto risiede nell'art. 116, 2° comma, c.p.c., che, com'è noto, prevede la c.d. "regola di giudizio" secondo cui il giudice, nel caso di inottemperanza ad un ordine istruttorio, può (e non deve, secondo la giurisprudenza maggioritaria) valutare come ammessi i fatti dedotti dal soggetto agente e non smentiti dagli atti comunque acquisiti al processo.

In questo caso, con una norma positiva ormai risalente nel tempo, è stato previsto che il comportamento della parte che non ottempera ad un provvedimento istruttorio ha effetti sul processo, nel senso di essere oggetto di valutazione e condurre a ritenere come ammessi i fatti dedotti dall'avversario. Non si tratta, ovviamente, di una "ficta confessio", ma di un comportamento dal quale il giudice può trarre argomenti di prova, ritenendo come ammessi i fatti allegati da controparte.

Ma ancor più foriera di conseguenze sul piano probatorio è la previsione dell'art. 64 del codice del processo amministrativo, il quale non solo (al comma 2) prevede che: "*Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite*", ma aggiunge anche (al comma 4) che: "*Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo*".

Si tratta di principi che, seppur sporadicamente affermati in precedenza dalla giurisprudenza, hanno assunto ormai, a seguito dell'entrata in vigore del codice, carattere di generalità ed indubbia vigenza.

Più precisamente il 2° comma citato prevede l'applicabilità anche al processo amministrativo del cd. "principio di non contestazione", mentre il 4° comma dello stesso articolo prevede la possibilità comunque di "desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo".

Si tratta di principi di non poco momento che finora hanno ricevuto scarsa applicazione nella pratica e che meriterebbero un approfondimento ben maggiore di quello che può offrire il presente scritto.

Tuttavia qualche notazione va fatta, anche alla luce di quanto affermato di recente da una sentenza in argomento, sia pur senza particolari approfondimenti, segnalatami cortesemente da un attento lettore (si tratta della sentenza del T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, 19 novembre 2014 n. 1943, in questa Rivista, n. 12/2014, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2014/41661>).

Afferma tale sentenza che: “ai sensi dell’art. 64, comma 2, c.p.a., 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 utile da opporre”.

Si tratta, come si desume dalla scarna massima ricavabile, di una sentenza che finisce per collegare il menzionato “principio di non contestazione” previsto dal 2° comma dell’art. 64 c.p.a. con la possibilità comunque riconosciuta al G.A., sempre in campo probatorio, dal 4° comma dello stesso articolo di desumere argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti.

In base a tale collegamento, la stessa mancata costituzione in giudizio è elemento valutabile dal G.A. e consente di applicare il principio di non contestazione. Si tratta di un principio innovativo.

Finora infatti il principio di non contestazione, nei rari casi in cui è stato applicato, è stato correlato ad una “presenza” nel processo dalla P.A., la quale, nel costituirsi in giudizio, non aveva contestato (in tutto od in parte) i fatti dedotti dal ricorrente. Solitamente si ritiene tal fine che la contestazione che impedisce l’applicazione del ricordato principio non può essere generica ma deve essere specifica (così del resto si esprime lo stesso art. 64, 2° comma, utilizzando la locuzione “*specificatamente*”); non è pertanto preclusiva dell’applicazione di detto principio la formula di stile talora apposta negli atti di costituzione con la quale si afferma: “ritenuto impugnativamente quanto dedotto da parte avversa, essendo infondato in fatto ed in diritto”.

Tuttavia, per quanto consti, non ci si era mai spinti a collegare il 2° ed il 4° comma dell’art. 64 cit., affermando che la mancata costituzione in giudizio della P.A. non solo consente di trarre argomenti di prova, ma anche di applicare il principio di non contestazione.

E’ un principio questo che non ha effetti meramente probatori, ma che finisce anche per avere refluenze sul contraddittorio, finendo per costringere – sia pur indirettamente – la P.A. a costituirsi in giudizio, quanto meno per smentire i fatti dedotti dal ricorrente.

Chi ha pratica del giudizio è ben conscio degli effetti oltremodo perniciosi che può avere sull’equilibrio del processo e talvolta addirittura sull’imparzialità dello stesso giudice la mancata costituzione in giudizio della P.A., specie nel caso in cui per controbilanciare le pretese della parte ricorrente non vi sia (o non si sia costituito) alcun controinteressato.

In tali casi il giudice amministrativo (il quale, non è superfluo ricordare, ha fatto parte della P.A., essendo tuttora il concorso per l’accesso alla magistratura amministrativa – in

modo anacronistico – un concorso “di secondo grado”, che presuppone ed implica una esperienza, più o meno lunga, presso la P.A.) può essere tentato di prendere le difese della P.A. assente. E’ certo in ogni caso che la presenza in giudizio della P.A. tranquillizza il giudice, consentendogli di esprimere una valutazione ponderata sulle contrapposte tesi.

L’aver previsto – con l’affermazione del principio secondo cui anche dalla mancata costituzione in giudizio della P.A. il G.A. può trarre argomenti di prova anche ai fini dell’applicazione del principio di non contestazione) – un incentivo a che la P.A. si costituisca in giudizio finisce per quindi avere un salutare effetto sul contraddittorio e dunque sul giudizio. Sotto questo profilo l’affermazione del T.A.R. Campania – Salerno è da condividere

Rimane tuttavia qualche perplessità in ordine alla possibilità di combinare i principi contenuti nei commi 2° e 4° dell’art. 64 c.p.a.

Sotto il profilo letterale la perplessità è data dal fatto che l’art. 64, 2° comma. c.p.a. consente l’applicazione del principio di non contestazione espressamente nei confronti delle parti “costituite”; onde, potrebbe argomentarsi, la mancata costituzione della P.A. rende inoperante la previsione. Può tuttavia rilevarsi che la generale previsione dell’art. 64, 4° comma, c.p.a (che costituisce, per la sua ampiezza, una disposizione per così dire “di chiusura” del sistema) consente comunque di trarre argomenti di prova dal comportamento delle parti – ancorché non costituite-

Rimane qualche dubbio anche sotto il profilo logico e dell’applicazione dei principi generali.

Qualcuno potrebbe infatti obiettare che la costituzione della P.A. in giudizio costituisce tuttora una facoltà (anche se io personalmente, *de iure condendo*, la trasformerei – specie in assenza di un pubblico ministero nel processo amministrativo – in un obbligo, trattandosi di una parte che deve istituzionalmente difendere l’interesse pubblico messo in discussione dal ricorso del privato) e che il mancato esercizio di tale facoltà non può avere refluenze probatorie. Si potrebbe dire, evocando un vecchio ma ancor valido broccardo, richiamato in tema di silenzio significativo della P.A., che “qui tacet neque negat, neque utique fatetur”.

Ma è possibile replicare che anche la mancata costituzione in giudizio, così come la costituzione in giudizio non accompagnata da espressa apposita contestazione, è un fatto che, come tale, rientra tra quelli valutabili dal G.A.

Esistono quindi degli argomenti a favore e contro il principio affermato dal T.A.R. Campania – Salerno. Ai lettori ed alla giurisprudenza successiva la soluzione del problema esecutivo.

Condivisione totale merita invece l’affermazione, contenuta sempre nella menzionata sentenza del T.A.R. Campania – Salerno, secondo cui nella specie nessun valore poteva essere attribuito alle “controdeduzioni, espresse dal responsabile dell’Area Tecnica del Comune, nelle osservazioni rassegnate, a più riprese, nel corso del giudizio”, alle quali “non poteva assegnarsi un valore, pari alle argomentazioni difensive delle parti, formalmente costituite in giudizio, pena lo stravolgimento dei principi fondamentali di un processo, a carattere dispositivo, qual è pur sempre il processo amministrativo classico, di tipo impugnatorio”.

L'Amministrazione non può infatti supplire alla sua assenza in giudizio mediante delle "osservazioni" o "controdeduzioni" di un suo funzionario rese al di fuori del processo. Il contraddittorio va infatti costituito formalmente all'interno del processo e non già "ab externo", mediante una difesa imbastita da un funzionario dell'Ente.

Giovanni Virga, 29 dicembre 2014.