

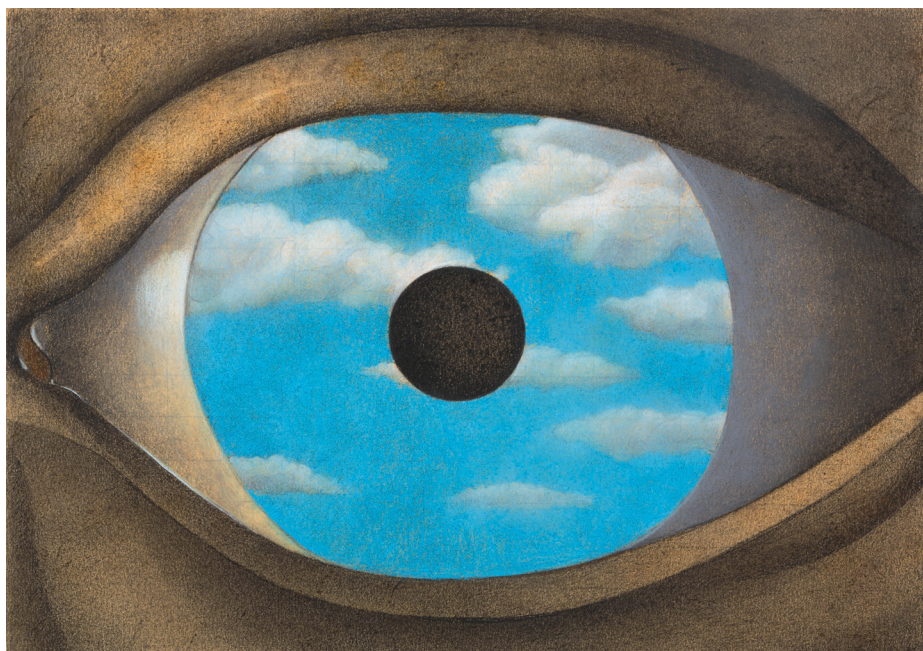
IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

**A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE**



Questa Rivista è pubblicata grazie al contributo dell'Università LUM Giuseppe Degennaro

Direttore Responsabile

Roberto MARTINO

Direttori

Antonio BARONE, Remo CAPONI, Marta CARTABIA, Roberto MARTINO, Angelo Giuseppe OROFINO, Andrea PANZAROLA, Andreas PIEKENBROCK, Aristide POLICE, Maria Alessandra SANDULLI, Giorgio SPANGHER, Francesco VERGINE

Comitato dei Garanti

Ennio AMODIO, Guido CORSO, Franco Gaetano SCOCA, Romano VACCARELLA

Comitato Scientifico

Jean-Bernard AUBY, Teresa ARMENTA DEU, Giampiero BALENA, Paolo BIAVATI, Antonio BRIGUGLIO, Chiara CACCIAVILLANI, Bruno CAPPONI, Cécile CHAINAIS, Jacques CHEVALLIER, Carlo COLAPIETRO, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Vittorio DOMENICHELLI, Paolo FERRUA, José ESTEVE PARDO, Vera FANTI, Leonardo FILIPPI, Fabio FRANCARO, Carlo Emanuele GALLO, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Loredana GIANI, Maria Francesca GHIRGA, Guido GRECO, Luigi KALB, Elisabetta LAMARQUE, Antonia Antonella MARANDOLA, Julien MARTIN, Francesco MANGANARO, Giuseppe MELIS, Sergio MENCHINI, Eva María MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Ilaria PAGNI, Giuseppe MORBIDELLI, Luca Raffaello PERFETTI, Eugenio PICOZZA, Olivier RENAUDIE, Marco RUOTOLO, Fabio SAITTA, Fabio SANTANGELI, Bruno SASSANI, Andrea SCELLA, Karl Peter SOMMERMAN, John SORABJI, Giovanni SERGES, Mario SPASIANO, Fabrizio TIGANO, Roberta TISCINI, Giuseppe TRISORIO LIUZZI, Antonio URICCHIO, Francesco VOLPE

Comitato di Valutazione

Ferruccio AULETTA, Giorgetta BASILICO, Salvatore BOCCAGNA, Manfredi BONTEMPELLI, Carlo BONZANO, Marco CALABRÒ, Antonio CASSATELLA, Maria Cristina CAVALLARO, Angelo CONTRINO, Antonio COLAVECCHIO, Carlotta CONTI, Ulisse COREA, Elena D'ALESSANDRO, Francesco DE LEONARDIS, Clarice DELLE DONNE, Olga DESIATO, Lorenzo DEL FEDERICO, Francesco FOLIERI, Mario Pio FULIANO, Walter GIULIETTI, Andrea GIUSSANI, Marco GRADI, Antonio GUIDARA, Margherita INTERLANDI, Giampaolo IMPAGNATIELLO, Beatrice GAMBINERI, Mariacarla GIORGETTI, Michele Angelo LUPOI, Raffaele MANFRELLOTTI, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANITRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore SCOCA, Giusi SORRENTI, Michele TRIMARCHI, Giuseppe TROPEA, Gianluca VARRASO, Simonetta VINCRE, Piera Maria VIPIANA, Enzo VULLO

Comitato Editoriale

Mirko ABBAMONTE, Flaminia APERIO BELLA, Cristina ASPRELLA, Gian Marco BACCARI, Alessio BONAFINE, Andrea CARBONE, Fabiola CIMBALI, Maria Francesca CORTESI, Raffaella DAGOSTINO, Alessandro FABBÌ, Giuseppina FANELLI, Maria Vittoria FERRONI, Rossella FONTI, Katia LA REGINA, Giuseppe LA ROSA, Paola LICCI, Enrico Maria MANCUSO, Annalisa MANGIARACINA, Aniello MERONE, Costanza NICOLOSI, Angela PROCACCINO, Federico RASI, Concetta RICCI, Natalia ROMBI, Filomena SANTAGADA, Martina SINISI, Giordana STRAZZA, Caterina VERRINI, Enrico ZAMPETTI

Comitato di Redazione

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAL, Vincenzo DE CAROLIS, Marco FARINA, Manfredi LATINI VACCARELLA, Biagio LIMONGI, Elisabetta MARINO, Valentina MAZZOTTA, Michela MORGESE, Antonio ROMANO, Natalia ROMBI

Segreteria di Redazione

Mirko ABBAMONTE, Raffaella DAGOSTINO, Costanza NICOLOSI

I contributi pubblicati in questa Rivista sono stati sottoposti, con esito positivo, alla procedura di referaggio in doppio cieco (*double blind peer review*) condotta in conformità al Regolamento depositato presso l'Editore.

Stampa



Via A. Gherardesca - 56121 Pisa

In copertina: Giuseppe COLOMBO, *Lo specchio falso di Magritte*,
pastello su carta, cm 32x44, 2018

Numero 2/2025

IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE



**Pacini
Giuridica**



Hanno collaborato a questo fascicolo:

FERRUCCIO AULETTA

Ordinario nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

MASSIMILIANO BALLORIANI

Magistrato presso il TAR Pescara

ANTONIO BARONE

Ordinario nell'Università degli Studi di Catania

MASSIMO BASILAVECCHIA

Ordinario nell'Università degli Studi di Teramo

ANTONIO BRIGUGLIO

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

CHIARA CACCIAVILLANI

Ordinario nell'Università degli Studi di Padova

ANDREA CARINCI

Ordinario nell'Università degli Studi di Bologna

ADRIANA CIAFARDONI

Assegnista nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

MELANIA D'ANGELOSANTE

Associato nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

LORENZO DEL FEDERICO

Ordinario nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

VERA FANTI

Ordinario nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

ENRICO FOLLIERI

Emerito nell'Università degli Studi di Foggia

CARLO EMANUELE GALLO

Emerito nell'Università degli Studi di Torino

FRANCO GALLO

Presidente Emerito della Corte Costituzionale

ALESSANDRO GIOVANNINI

Ordinario nell'Università degli Studi di Siena

ANNA MARIA LISCIO

Dottoranda nell'Università degli Studi di Foggia

ROBERTO MARTINO

Ordinario nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

OLIVIERO MAZZA

Ordinario nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

DONATELLA PALUMBO

Magistrato presso la Corte dei Conti

ROBERTO POLI

Ordinario nell'Università degli Studi di Cassino

ADOLFO SCALEATI

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

GIOVANNA TITTA

Dottoranda nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

LORIS TOSI

Ordinario nell'Università degli Studi di Venezia

GIUSEPPE TRISORIO LIUZZI

già Ordinario nell'Università degli Studi di Bari

CRISTIANA VALENTINI

Ordinario nell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

GIOVANNI VERDE

Emerito nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

PIERA MARIA VIPIANA

Ordinario nell'Università degli Studi di Genova

ENRICO ZAMPETTI

Associato nell'Università degli Studi di Siena

sommario

L'onere della prova nel sistema giurisdizionale

Atti del Convegno 5 e 6 dicembre 2024 – Università “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara

Prima giornata

Introduzione

L'onere della prova nel sistema giurisdizionale italiano: brevi riflessioni introduttive

di ROBERTO MARTINO 401

Relazione generale

Attualità del principio dell'onere della prova

di GIOVANNI VERDE 409

Prima sessione – L'onere della prova nel processo civile

Consulenza tecnica di ufficio e onere della prova

di FERRUCCIO AULETTA 435

Onere della prova e libero convincimento del giudice

di ROBERTO POLI 449

Conclusioni

di GIUSEPPE TRISORIO LIUZZI 467

Seconda sessione – L'onere della prova nel processo penale

Onere della prova e presunzione di colpevolezza

di OLIVIERO MAZZA 471

L'inafferrabile onere e la fase investigativa: alle origini del fenomeno

di CRISTIANA VALENTINI 487

Conclusioni

di ADOLFO SCALFATI 495

Seconda giornata

Introduzione

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

di VERA FANTI 501

Avvio di una discussione sull'onere della prova nella giurisdizione della Corte dei Conti

di MELANIA D'ANGELOSANTE 507

Prima sessione – L’onere della prova nel processo amministrativo e contabile

Processo amministrativo

<i>La distribuzione dell’onere della prova tra le parti del processo amministrativo e la rilevanza dell’intervento del giudice</i> di ENRICO FOLLIERI.....	531
<i>La doppia funzione del giudicato amministrativo e la prova nel processo amministrativo</i> di MASSIMILIANO BALLORIANI	549
<i>La prova indiziaria e il libero convincimento del giudice nel processo innanzi al giudice amministrativo</i> di GENNARO TERRACCIANO	567
<i>La parità delle parti nell’istruttoria del processo amministrativo</i> di PIERA MARIA VIPIANA.....	575

Processo contabile

<i>Le parti nel processo dinanzi alla Corte dei Conti</i> di CHIARA CACCIAVILLANI	601
<i>Il sistema istruttorio nel processo avanti la Corte dei Conti</i> di CARLO EMANUELE GALLO	609
<i>Regole probatorie per l’accertamento della responsabilità erariale nel raccordo tra funzioni di controllo e giurisdizionali</i> di DONATELLA PALUMBO	625
<i>La responsabilità amministrativo-contabile “oltre ogni ragionevole dubbio”</i> di ANTONIO BARONE	649

Interventi

<i>La natura dell’attività istruttoria del giudice amministrativo</i> di ADRIANA CIAFARDONI	661
<i>La processualizzazione del riparto probatorio nell’istruttoria procedimentale</i> di ANNA MARIA LISCIO	681
<i>Lo strumento digitale nell’istruttoria procedimentale e processuale</i> di GIOVANNA TITTA.....	701

Seconda sessione – L’onere della prova nel processo tributario

<i>Brevi considerazioni in materia di onere della prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria e dello Statuto dei diritti del contribuente</i> di FRANCO GALLO.....	727
<i>Le novità in tema di onere della prova nel giudizio tributario: la centralità della prova nell’istruttoria primaria procedimentale</i> di LORENZO DEL FEDERICO.....	735

<i>La nuova norma sull'onere della prova nel processo tributario</i> di LORIS TOSI	751
<i>L'onere della prova nell'applicazione giurisprudenziale</i> di MASSIMO BASILAVECCHIA	765
<i>La presunzione di onestà del contribuente</i> di ALESSANDRO GIOVANNINI	781
<i>Brevi considerazioni in materia di onere della prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria e dello Statuto dei diritti del contribuente</i> di ANDREA CARINCI	801

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>La rilevanza della questione interpretativa ex art. 363-bis c.p.c. fra presidenza, collegio della Corte e giudice a quo</i> Corte di Cassazione, V Sez. Civ., sentenza 25 marzo 2025, n. 7965 Commento di ANTONIO BRIGUGLIO	809
<i>Erronea decisione d'inammissibilità e rinvio al primo giudice per nullità della sentenza</i> Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 20 novembre 2024, n. 16 Commento di ENRICO ZAMPETTI	823

L'ONERE DELLA PROVA NEL SISTEMA GIURISDIZIONALE

ATTI DEL CONVEGNO 5 E 6 DICEMBRE 2024
UNIVERSITÀ "G. D'ANNUNZIO" DI CHIETI-PESCARA

PRIMA GIORNATA
INTRODUZIONE

**L'onere della prova nel sistema giurisdizionale
italiano: brevi riflessioni introduttive**

di ROBERTO MARTINO

Questo convegno nasce da un'idea di Lorenzo Del Federico, ordinario di Diritto tributario presso il Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali dell'Università d'Annunzio e decano dello stesso Dipartimento.

Come è noto, per quanto riguarda il processo tributario la legge n. 130 del 2022 ha introdotto una specifica disciplina sull'onere della prova (art. 7, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 546 del 1992), poi trasfusa nell'art. 52, comma 5, d.lgs. 14 novembre 2024, n. 175 (Testo unico della giustizia tributaria). La disposizione appena richiamata così statuisce: «L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si

fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati».

La nuova disciplina sull'onere della prova ha, per così dire, riaperto il dibattito sulla effettiva portata dell'art. 2697 c.c. e sulla applicabilità anche al processo tributario delle regole dettate per le controversie civili. Tale dibattito, se non vado errato, era stato a suo tempo alimentato dalle contrapposte posizioni assunte sul tema, tra la fine degli anni '50 e l'inizio degli anni '60 del secolo scorso, da Gian Antonio Micheli, il quale riteneva, in sostanza, che la regola sull'onere della prova non avesse cittadinanza nella materia tributaria, ed Enrico Allorio, secondo cui, nel processo tributario, la regola espressa dall'art. 2697 c.c. trovava il suo fondamento nel principio di precostituzione della prova da parte dell'Amministrazione.

Prendendo le mosse dalla realtà contingente delle modifiche introdotte con riferimento al processo tributario e dalle accese dispute che ne sono derivate all'interno della dottrina tributarista, si è pensato di studiare il tema dell'onere della prova con riguardo all'intero sistema giurisdizionale, muovendo dall'idea che la disposizione dettata per le controversie civili (art. 2697 c.c.) resti, comunque, il punto di partenza di ogni analisi che intenda approfondire il tema, soprattutto, ma non solo, con riguardo ai processi che si svolgono nell'ambito della giurisdizione civile ordinaria e delle giurisdizioni speciali.

Tale metodo di indagine è, per la verità, già suggerito dai plurimi interventi legislativi e giurisprudenziali che, da sempre, hanno assegnato al processo civile una funzione di punto di riferimento per i processi delle giurisdizioni speciali (in particolare, i processi amministrativo, contabile e tributario), anche se — è appena il caso di rilevarlo — la *vis expansiva* della disciplina del

processo civile si è andata notevolmente attenuando negli ultimi anni, in concomitanza con l'introduzione di normative di settore dirette a disciplinare in maniera più specifica e dettagliata i diversi processi delle giurisdizioni speciali (si pensi al codice del processo amministrativo del 2010 o al Testo unico della giustizia tributaria, più sopra richiamato). Il che trova anche la sua ragion d'essere nella circostanza che, specialmente nel processo tributario e in quello amministrativo, assume certamente rilevanza anche il carattere impugnatorio che li caratterizza; nonché, la stretta connessione del momento propriamente giurisdizionale con una precedente fase dotata di una sua peculiare istruttoria.

D'altra parte, una riflessione su un tema di così grande portata — se vuole risultare veramente fruttuosa — non può non aprirsi anche al confronto con la dottrina e la giurisprudenza relative al processo penale, senza ovviamente ignorare le peculiarità proprie di tale processo, nel quale vengono in rilievo situazioni in cui assumono grande importanza interessi di evidente rilevanza pubblica, che trascendono le persone coinvolte.

Pur con queste precisazioni, l'art. 2697 del codice civile resta il punto di partenza di un dibattito sul tema dell'onere della prova che aspiri ad essere metodologicamente corretto e che abbia, pertanto, l'ambizione di superare gli steccati che separano i diversi processi ed aprirsi ad un vero confronto che li abbracci tutti. La disposizione — come è noto —, nel ripartire tra le parti l'onere di provare i fatti rilevanti per la decisione della causa (i fatti costitutivi, per l'attore; i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, per il convenuto), detta al giudice una regola decisoria per il fatto incerto, ripartendo, così, tra le parti medesime, secondo criteri prestabiliti, il rischio dell'incertezza del fatto.

Se il punto di partenza è rappresentato, ancora oggi, dall'art. 2697 c.c., credo si possa affermare, senza timore di essere smentiti, che la base di ogni discussione sul tema sia, ancora oggi,

la monografia su “L’onere della prova nel processo civile”, che Giovanni Verde ha scritto esattamente cinquant’anni fa, nel 1974, e che, peraltro, è stata di recente oggetto di ristampa, per i tipi della ESI, nella Collana dell’Università degli Studi di Camerino (Ristampe). La lettura di tale testo va caldamente consigliata ai giovani che oggi intendono avvicinarsi al tema in esame.

Giovanni Verde — da «positivista temperato», come lui stesso si definisce — nel 1974 poneva al centro della sua ricerca la “fattispecie legale”. Oggi, come è noto, i tempi sono cambiati. Sempre più si profila il ruolo «creativo» della giurisprudenza e gli stessi magistrati — che si fanno dottrina scrivendo sulle riviste di settore — parlano apertamente di «crisi della fattispecie», indicando nel diritto giurisprudenziale, in senso ampio, «l’antidoto più forte all’incertezza e alla fluidità dell’esperienza giuridica postmoderna» (così, G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. Impr.*, 2017, 364 ss., spec. 366 s.). Certamente, è questo un aspetto da approfondire, ma sono sicuro che il Prof. Verde, disquisendo nella sua relazione generale sull’«attualità» dell’onere della prova, ci potrà dire quanto il diritto giurisprudenziale abbia inciso sull’attuale contenuto delle regole poste dall’art. 2697 c.c.

Al di là di quanto appena osservato — per cui la disposizione appena richiamata, pur se incisa nel suo contenuto dall’interpretazione giurisprudenziale, resta ancora il punto di partenza fondamentale per ogni ricerca sul principio dell’onere della prova nel sistema giurisdizionale —, c’è un ulteriore profilo che rappresenta, per così dire, un filo rosso che tocca i diversi processi regolati nel nostro ordinamento e rende quanto mai opportuno uno studio che li comprenda tutti. La regola decisoria del fatto incerto, prevista nell’art. 2697, risulta, infatti, strettamente collegata al profilo del convincimento del giudice. È evidente che, se il giudice si convince della esistenza del fatto, adotterà la conseguente decisione fondata, appunto, sul fatto ritenuto esistente. Se, invece, non raggiunge tale convincimento, e il fatto resta incerto, a quel punto applicherà la regola del riparto dell’onere probatorio e deciderà di conseguenza.

Con riguardo al processo civile, in cui, per la valutazione delle prove, l'art. 116, comma 1, c.p.c. fa riferimento al «prudente apprezzamento» del giudice, si cerca oggi di individuare *standards* probatori, in presenza dei quali possa dirsi raggiunto il «convincimento» sulla «certezza» del fatto. In sostanza, si vuole in qualche maniera indirizzare la libera valutazione del giudice, ricollegandola a parametri, a *standards*, che consentano di affermare la «certezza» del fatto. Questioni analoghe possono riguardare anche il processo amministrativo, considerato che l'art. 64 c.p.a. fa anch'esso riferimento al «prudente apprezzamento» del giudice nella valutazione delle prove.

Nel processo penale, invece, alla regola del «prudente apprezzamento» si contrappone, come è noto, il principio «oltre ogni ragionevole dubbio». Non so se la ricerca di *standards* probatori nel processo civile possa rappresentare un tentativo di avvicinamento della prima regola alla seconda, ma probabilmente avremo modo di capirlo nel corso di questa due giorni di convegno. Certamente, quanto al processo tributario, la specifica disciplina sull'onere della prova di cui all'art. 52, comma 5, d.lgs. 14 novembre 2024, n. 175 richiede uno *standard* probatorio che sembra allontanarsi dalla matrice civilistica e avvicinarsi al modello del processo penale.

Si potrebbe continuare con altri profili di indagine che evidenziano le convergenze (ma, talvolta, anche le divergenze) tra i diversi modelli processuali. Non possiamo, però, nemmeno accennare ad essi, considerato lo spazio ristretto riservato ad una mera introduzione sul tema.

Certamente, dal quadro appena abbozzato emerge la sicura utilità — se non, forse, la necessità — di un'indagine a 360 gradi sull'onere della prova nel sistema giurisdizionale italiano, resa peraltro di grande attualità dalla riforma in materia tributaria. Ne è scaturita una forte sinergia tra le cattedre di Diritto tributario,

con i Colleghi Lorenzo Del Federico, Francesco Montanari e Caterina Verrigni, di Diritto amministrativo, con le Prof.sse Vera Fanti e Melania D'Angelosante, di Diritto processuale penale, con la Collega Cristiana Valentini, e di Diritto processuale civile, con il sottoscritto.

Da qui, il programma del Convegno, articolato in quattro sessioni, ciascuna relativa ai diversi tipi di processo e strutturata in maniera tale da assicurare un confronto tra Accademia, Magistratura e Avvocatura (quest'ultima rappresentata soprattutto da docenti che esercitano da tanti anni la professione). Le quattro sessioni sono precedute da una relazione generale, affidata al prof. Giovanni Verde, emerito di Diritto processuale civile nell'Università LUISS di Roma, e seguite da una relazione conclusiva, affidata al prof. Guido Corso, emerito di Diritto amministrativo nell'Università di Roma Tre.

Mi sia consentito concludere questo breve intervento introduttivo con alcuni ringraziamenti. Ringrazio, innanzitutto, il Magnifico Rettore, Prof. Liborio Stuppia, e il Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali, Prof. Federico Briolini, per il sostegno dato all'iniziativa e per la loro presenza qui, oggi. Ringrazio, poi, l'Avv. Goffredo Tatozzi, Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Chieti, che ha patrocinato e accreditato il convegno ai fini della formazione permanente degli avvocati, e l'Avv. Federico Squartecchia, Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Pescara, che ha concesso il patrocinio all'iniziativa.

Un sentito ringraziamento va a tutti i relatori che interverranno nelle diverse sessioni di questo convegno. Si tratta di importanti magistrati ed eminenti professori, molti di loro anche avvocati: tutti eccellenti studiosi della materia. Sono quasi una trentina e sarebbe difficile ringraziarli, adesso, uno per uno. Avremo modo di conoscerli ed apprezzarli nel corso di queste due giornate di lavori.

Mi sia però consentito un ringraziamento particolare ai Maestri, Professori emeriti, che hanno dato la propria adesione all'iniziativa e che mi piace menzionare singolarmente, seguendo l'ordine dei loro interventi: Giovanni Verde, Franco Gaetano Scoca, Enrico Follieri, Carlo Emanuele Gallo, Franco Gallo e Guido Corso. La loro presenza alza inevitabilmente l'età media dei relatori, ma soprattutto eleva, ancor di più, il livello del dibattito. Credo che, affrontando temi così importanti con riferimento ai diversi settori processuali, non si possa prescindere dagli insegnamenti, dall'arguzia e dalla profondità di pensiero dei Maestri che ho appena menzionato.

Grazie, infine, a tutti i partecipanti. Sono sicuro che il dibattito alimentato dai diversi interventi non deluderà le loro attese.

RELAZIONE GENERALE

Attualità del principio dell'onere della prova (*)

di GIOVANNI VERDE

SOMMARIO: 1. I limiti del linguaggio giuridico e la mistificazione delle parole. — 2. Il carattere pubblico del processo e i poteri del giudice (tra tecnica e valori). — 3. L'attuazione della legge e i processi. — 4. Il “*non liquet*”. — 5. La crisi della fattispecie (il momento “*clou*”). — 6. Un settore chiave: le controversie per responsabilità medica. — 7. L'entificazione del “fatto”. — 8. L'ibrido: rappresentazione e dimostrazione; conoscenza e valutazione. — 9. L'onere esce di scena in favore del rischio: quel che ci resta.

1. I limiti del linguaggio giuridico e la mistificazione delle parole.

Scrivendo Carnelutti che “la verità è come l'acqua: o è pura o non è verità”. Da qualche tempo mi intriga l'uso improprio dei concetti o, come direbbe un noto giurista-scrittore, la manipolazione delle parole. Nel rapportare la verità, che è un concetto, all'acqua, che è una cosa, si compie una prima manipolazione, che porta ad entificare un concetto, a trattare la verità come fosse una cosa. E i concetti trattati come cose diventano suscettibili di attributi, così che possiamo mettere a confronto (e lo fa Carnelutti nel passo citato) la verità materiale e quella formale. Di più: si creano equivoci. L'acqua sporca è pur sempre acqua.

I limiti del mio linguaggio — diceva Wittgenstein — significano i limiti del mio mondo. Un sostantivo — egli notava — ci induce a cercare qualcosa che gli corrisponda. Di ciò consapevoli

(*) Il testo della presente relazione è stato anticipato nel fascicolo n. 3/2024 di questa *Rivista*.

dovremmo con attenzione non lasciarci sopraffare dalle parole, non trasformarle in altrettanti “*idola*” che ci condizionano. Così è per la parola “verità” riferita al processo, ma è anche per la parola “fatto”, che non è una “cosa” di cui — come ci ricorda Russell — si abbia conoscenza “diretta”, perchè possiamo averne conoscenza solamente per “descrizione”, rievocandolo con una rappresentazione che cerca in qualche modo di farlo rivivere.

Non è questa la sede per riproporre il dibattito sulle regole che servono a guidare la conoscenza, ossia per fare sfoggio di cultura richiamando, ad es., Carnap o Popper. Ci basta affermare che parliamo di probabilità e di misura della probabilità, mai di certezza. L’affermazione di “verità di un fatto” che è a base della decisione giudiziale, dobbiamo ammetterlo, si concreta in una sorta di attestato di conformità dell’accadimento del passato alle proposizioni che lo rappresentano; attestato che il giudice rilascia a seguito di un procedimento di validazione che noi chiamiamo “accertamento”. Di conseguenza, l’affidabilità di un processo organizzato dallo Stato sta negli strumenti che l’ordinamento mette a disposizione del giudice o, se si preferisce, nell’affidabilità del procedimento di validazione per pervenire all’affermazione che la proposizione fattuale rilevante ai fini della decisione è conforme all’accaduto.

2. Il carattere pubblico del processo e i poteri del giudice (tra tecnica e valori).

Eppure c’è stato un tempo — di cui sopravvivono scorie ancora in recenti decisioni della Corte di cassazione, ad es. in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati (come leggo in Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2020, n. 741) — in cui, essendosi affermata la natura pubblica del processo e dando per scontato che possano esservi due verità, quella materiale e quella formale, dalla natura pubblica del processo statale si è fatta derivare l’esigenza che il giudice sia fornito di tutti gli strumenti di ricerca della verità cd. materiale (un idolo per il quale abbiamo, nel passato, pensato che la prova principe fosse la confessione e che per ottenerla fosse lecito qualsiasi mezzo, anche la tortura). Poiché

in giudizio il processo di validazione delle proposizioni fattuali inevitabilmente interseca con i diritti di libertà, di privacy e di autonomia dei soggetti, abbiamo per fortuna compreso che il conflitto non si risolve qualificando il processo come pubblico, ma cercando un punto di equilibrio tra i poteri del giudice e i diritti della persona.

Anche la parola “processo” finisce in tal modo per essere manipolata e anche in questo caso abbiamo entificato il “processo”, rendendolo suscettibile di attributi. Il processo non è altro che un regolato succedersi di azioni; un ordinato susseguirsi di eventi concatenati che ha per obiettivo e si conclude con una decisione. Lo Stato non può non assumere l’onere di gestire i processi e di affidarli a funzionari pubblici. Che lo faccia in regime di monopolio o no costituisce una variabile. Da ciò non si può derivare che i poteri istruttori di questi funzionari — ossia dei giudici — debbano essere ampi, perché il processo serve ad “attuare la legge”. È evidente che la modulazione dei poteri del giudice deve avvenire in funzione della natura degli interessi in gioco. La sensibilità per gli interessi in gioco è anch’essa variabile. Negli Stati autoritari è scarsa o nulla la sensibilità nei riguardi dei diritti delle persone per cui i poteri giudiziali, anche se a macchia di leopardo, sono assai estesi (ed esistono luoghi in cui la tortura è purtroppo ancora praticata); nei regimi democratici, invece, si pongono problemi delicati di equilibrio che devono trovare adeguata soluzione. Se ne va, ed è bene che così sia, alla costante ricerca.

Quando colleghiamo, inoltre, la natura pubblica del processo statale alla funzione del processo di “attuare la legge” finiamo per compiere una pericolosa generalizzazione: infatti, la cd. attuazione della legge nel processo penale riguarda l’esercizio della potestà punitiva dello Stato; nel processo amministrativo e in quello tributario normalmente la legittimità dell’operato dell’Amministrazione; nel processo civile la fondatezza della pretesa. Nel processo penale sono in gioco beni fondamentali della persona (la vita, la dignità): qui “attuare la legge” impone che il procedimento di validazione (ciò che chiamiamo ricerca della verità)

sia particolarmente accurato e penetrante; nel processo amministrativo e in quello tributario l'esigenza è la stessa, anche se di intensità minore, trattandosi di decidere dell'uso legittimo del potere pubblico; nel processo civile la discrezionalità del legislatore è più ampia, perché potrebbe bastare che assicuri alla parte una ragionevole soluzione della controversia, modellando in questa prospettiva la misura dei poteri riconosciuti al giudice.

La scelta del nostro legislatore è in questo senso. Diversamente la prova legale costituirebbe un limite inaccettabile; neppure si potrebbe discutere dell'utilizzabilità delle prove illecite alla luce dei principi costituzionali (e infatti, l'unico attributo appropriato alla prova sarebbe quello di utile); qualsiasi disposizione ostativa alla libera e totale utilizzazione degli strumenti di cui si è a disposizione per pervenire alla certificazione di conformità tra rappresentazione dell'accaduto e quest'ultimo dovrebbe essere bandita. Ma prima ancora dovrebbero essere bandite le disposizioni che stabiliscono le inammissibilità delle richieste probatorie o delle produzioni documentali per intempestività, dovendo tali richieste essere trattate alla stregua di semplici sollecitazioni rivolte al giudice perché utilizzi i suoi poteri di indagine. Mi viene da dire che paradossalmente il nostro sistema riconosce agli arbitri, protagonisti di un processo "isonomico", possibilità maggiori di quelle riconosciute al giudice statale per pervenire a un più attendibile attestato di conformità non subordinando il procedimento di validazione a preclusioni.

Fermo che il cd. accertamento dei fatti nel processo si risolve in un'attività di validazione ampiamente condizionata e limitata, è singolare la sorte dell'art. 2697 c.c., con il quale il legislatore ha espresso — parlando per immagini — la pretesa di ripartire gli oneri probatori in relazione alla natura dei fatti, ossia alla possibilità di individuare gli episodi di vita che la legge qualifica come costitutivi o impeditivi o estintivi. Il nostro sistema, che ha accettato passivamente la possibilità che la mancata tempestiva richiesta probatoria o la mancata tempestiva produzione documentale possa essere rimediata in appello, essendo calata implacabile la

mannaia della preclusione, sembra, invece, accettare che al giudice spetti di stabilire chi e come deve provare in relazione a chi ha la possibilità di farlo. È un paradosso al quale ci siamo assuefatti. Ci dovrò ritornare.

3. L'attuazione della legge e i processi.

La verità è che il carattere pubblico del processo, ossia il fatto che esso sia affidato a un giudice dello Stato, è ai nostri fini irrilevante; rilevano, invece, le situazioni dedotte nel processo che sono diverse e hanno diversa importanza, così che, come ho notato, si giustificano procedimenti diversi di validazione messi a disposizione del giudice per rilasciare quello che ho chiamato “attestato di conformità”.

Leggiamo, ad es., l'art. 64 c.p.a.: «Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni» (comma 1). Non si parla di fatti “costitutivi, estintivi o impeditivi” e soprattutto si collega l'onere alla “disponibilità” degli elementi di prova. In realtà il precedente art. 63 tratta dell'onere della prova non in funzione del riparto degli oneri probatori, ma del rischio per la mancata prova, confermando il tradizionale metodo acquisitivo. Nel codice di procedura penale non c'è disciplina dell'onere della prova. Gli artt. 187 ss. hanno per oggetto la prova e la sua assunzione in un sistema che vorrebbe essere accusatorio (un aggettivo sul quale dovremmo intenderci). Nel d.lgs. n. 546 del 1992 (sul processo tributario) leggiamo che “le corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado, ai fini istruttori e nei limiti dei fatti dedotti dalle parti esercitano tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli uffici tributari ed all'ente locale da ciascuna legge d'imposta”.

Questi processi non sono “più” pubblici di quelli che si celebrano dinanzi ai giudici civili ordinari. È solo che dinanzi ai giudici penali, amministrativi e tributari vengono in rilievo situazioni in cui sono in gioco interessi che, sia pure in diversa misura (che per

natura di cose è massima nel processo penale e per volontà del legislatore, condizionato dalla presunzione che il contribuente sia un possibile evasore, è egualmente massima nel processo tributario; minore in quello amministrativo), trascendono le persone coinvolte. Di conseguenza in questi processi un problema di collocazione dei fatti all'interno della fattispecie non ha ragione di essere posto e non hanno, così, ingresso le infinite questioni sulla ripartizione degli oneri probatori. D'altra parte, nello stesso processo dinanzi al giudice ordinario ci sono casi o controversie in cui pensare ad una ripartizione degli oneri probatori non ha senso; si pensi ai processi che hanno ad oggetto le persone o i rapporti familiari. Di ciò mi resi conto mezzo secolo fa e limitai la mia ricerca al processo civile dinanzi al giudice ordinario, tenendomi anche lontano da tentazioni di comparazione con il "*common law*", al quale pure avevo dedicato studi, a partire dalla lettura di Wigmore, che rimasero quasi inutilizzati. Mi ero reso conto che avevo posto al centro della mia ricerca la fattispecie, che in quel sistema non ha o ha scarsa rilevanza, per cui avrei creato confusione fra sistemi che all'epoca, molto più di oggi, mi apparivano tra di loro incompatibili.

4. Il "*non liquet*".

I processi celebrati non si possono riaprire. Nel passato suggestionato dal dibattito sulla possibilità che il giudice se la cavi con un "*non liquet*" avevo individuato nell'art. 2697 c.c. la disposizione che ne contiene l'implicito divieto. La disposizione sarebbe una sorta di supporto al giudice, perché metta a tacere i suoi dubbi o le sue incertezze. Gli dà la possibilità di liberare la sua coscienza e di bere l'amaro calice della decisione, pure essendo intimamente dilaniato dal dubbio, dando per inesistenti i fatti non sufficientemente provati o, per essere aderenti al reale stato delle cose, dichiarando di non potere attestare che la rappresentazione dei fatti è conforme all'accaduto. E il parlare di onere e non di obbligo di provare ci consente di tenerci lontani da quanti immaginavano che si potesse dare qualche sostanza al cd. rapporto giuridico processuale.

Mi rendo conto, oggi, di avere dato consistenza giuridica a qualcosa che va situato nell'area della psicologia. In effetti il giudice “deve” decidere, perché glielo impone la funzione che esercita, come non si mette in dubbio non soltanto nei Paesi di *civil law*. E posto che non gli si può evitare di decidere, che la sua decisione impedisca alla parte di potere (utilmente) riproporgli la pretesa discende dall'effetto preclusivo (che noi sintetizziamo nella parola-concetto di giudicato) collegato alle decisioni giudiziali quando si sono esauriti gli strumenti utilizzabili all'interno di un compiuto processo.

Giustifico me stesso rilevando che l'art. 2909 c.c. dà per scontato che il giudice “accerti”, per cui si rende necessaria una sorta di finzione in forza della quale si dà per accertato (*recte*: attestato) ciò di cui è mancato l'accertamento (*recte*: l'attestazione). E in questa prospettiva l'art. 2697 avrebbe rilievo non solo “psicologico”, ma giuridico, perché renderebbe legittima la “finzione”.

Il rischio del “non provato” è, allo stato delle cose, inevitabile. Può essere ridotto? Di sicuro la scienza ci mette a disposizione strumenti per investigare nel passato dei quali non possiamo non avvalerci. Il problema è quello dei limiti trattandosi di strumenti che non possono non incidere pesantemente sul diritto delle persone (fortunatamente da noi soltanto) alla riservatezza. Aggiungiamo la presunzione di potere stabilire criteri obiettivi per misurare gli standard di convincimento del giudice, così soppiantando la “prudenza” di cui parla il nostro codice. Ci fu un'epoca in cui fu fatto qualcosa del genere, quando si diede, ad esempio, valore numerico alla testimonianza in funzione del ceto sociale dei testimoni. Era l'epoca dell'*unus testis nullus testis* (di cui trovo traccia perfino in Beccaria). Ma allora quelle dottrine avevano il merito di imprimere razionalità a una ricerca dominata da pregiudizi, superstizioni e ignoranze. Nell'attuale livello di civiltà sarebbe — lo vorrei ricordare agli amici che mi hanno fatto l'onore di coinvolgermi nell'iniziativa della neonata associazione di studiosi della prova — soltanto frutto della presunzione di potere interferire sull'impenetrabilità dell'essere umano. Ci tornerò parlando delle intelligenze artificiali.

5. La crisi della fattispecie (il momento “*clou*”).

Nel passato avevo fortemente creduto che dall’art. 2697 c.c. si potessero desumere criteri che delimitassero i poteri del giudice nella attività di attestazione della conformità della rappresentazione in giudizio dell’accaduto al reale andamento delle cose. Da positivista temperato (quale mi sono definito per onestà intellettuale) pensavo che l’art. 2697 fosse una norma di garanzia per le parti, in quanto il giudice si sarebbe dovuto attenere a tal fine a criteri prestabiliti, non avendo il potere di stabilirli di volta in volta adeguandoli al caso. Vi era — come ha rilevato Sassani — un’implicita adesione alla “*Normentheorie*” e un riferimento, come modello, al libro di Rosenberg, anche se, essendo per l’appunto un positivista “temperato”, avevo ben presente che è impossibile incapsulare la vita in forme precostituite e avevo, perciò, non solo dedicato una parte non minima del libro alle presunzioni giurisprudenziali, ma anche esaminato in lungo e in largo i fatti impeditivi — che avevo distinto dalle presunzioni —, costituendo questi ultimi gli snodi capaci di conferire al sistema la necessaria elasticità.

Il clima culturale era quello. Il positivismo era ancora un valore, in quanto la legge, ossia la forma era considerata comunque come lo strumento migliore che l’uomo abbia saputo inventare per garantire l’eguaglianza nella libertà. Non avevamo ancora metabolizzato a sufficienza ciò che comportava la penetrazione nel sistema vivente di una legge sovraordinata, intrisa di valori. L’evoluzione degli anni successivi a quelli in cui ho pubblicato il libro sull’onere della prova sono contrassegnati dalla lenta assimilazione di quei valori, con l’inevitabile erosione della “forma” per la quale la legge evapora in diritto, sostituendo alla sua oggettività il soggettivismo di chi non interpreta la legge, ma le dà significato.

La data con cui si conclude il processo di assimilazione e si dà inizio al nuovo ciclo, ossia lo spartiacque, può essere individuata nella sentenza delle Sez. Un. n. 13533 del 2001 che, in un’azione di risoluzione contrattuale, impose sul convenuto l’onere di pro-

vare l'adempimento, in quanto l'operare della regola dell'onere della prova va ricondotto non ad astratti criteri di costruzione della fattispecie, ma a criteri di ragionevolezza.

Si è inaugurato un nuovo percorso che ha trovato il suo terreno di coltura soprattutto nelle controversie da responsabilità del professionista, in particolare del medico; nelle controversie di lavoro; in quelle in cui in giudizio c'è una parte svantaggiata (consumatore, utente ecc.)

Esemplifico: il lavoratore che impugna l'illegittimità del licenziamento non ha l'onere di provare il requisito occupazionale (Sez. Un., n. 141 del 2006); grava sull'impresa sanzionata l'onere di provare che la condotta non è anticoncorrenziale, ma determinata da fattori ad essa estranei in una controversia in cui il consumatore aveva agito per il risarcimento dei danni (Cass., n. 11904 del 2014); spetta agli amministratori di provare che la loro attività rientri nella normale attività di impresa in una controversia risarcitoria (Cass., n. 2156 del 2015) e così via. È inutile continuare.

È inevitabile che in questo modo il governo degli oneri probatori si trasformi in qualcosa di assai simile alla "protezione" della parte debole nel processo, che in qualche modo mette in discussione la terzietà del giudice. La cartina di tornasole sta nella vicenda delle controversie da responsabilità del medico.

6. Un settore chiave: le controversie per responsabilità medica.

Sull'abbrivio di dottrina importata da paesi di *common law*, che ha spostato il baricentro della responsabilità extracontrattuale dalla condotta imputabile al pregiudizio ingiusto da risarcire, all'inizio del secolo i nostri giudici hanno inaugurato una stagione di forte protezione del paziente, al quale sarebbe bastato provare il danno patito "dopo" un trattamento sanitario, spettando al professionista di provare l'esatto adempimento e quindi il rischio di dovere corrispondere il risarcimento qualora non fosse riuscito a darne sufficiente prova (Sez. Un., n. 577 del 2008). Azioni risarcitorie e accoglimenti a cascata hanno prodotto effetti negativi

sulla spesa pubblica (a causa dell'aumento degli oneri assicurativi e della stessa difficoltà per gli operatori di stipulare polizze assicurative del costo sostenibile) e il ricorso alla c.d. medicina difensiva (con effetti non meno perversi, quali la burocratizzazione dell'attività presidiata da protocolli che prescrivono i comportamenti adeguati e il ricorso ad accertamenti diagnostici spesso costosi e sovrabbondanti). I giudici hanno tentato di modificare i loro criteri di giudizio: il paziente non può limitarsi a provare che il pregiudizio si è realizzato “dopo” il trattamento sanitario, ma deve provare che si è verificato “a causa” del trattamento (a partire da Cass., 26 luglio 2017, n. 18392 che pone sul paziente l'onere di provare — *recte*, dimostrare — il nesso causale tra condotta e aggravamento e sul professionista quello eventuale e successivo, che l'evento è dipeso da causa non imputabile o inevitabile con l'ordinaria diligenza). Hanno, così, aperto un nuovo fronte alle controversie e alle incertezze, perché il “nesso causale” non è un accadimento la cui rappresentazione in giudizio può essere predicata in termini di conformità, ma una “valutazione” che da un accadimento, la cui rappresentazione è sufficientemente confermata, fa derivare un ulteriore accadimento. Di conseguenza in termini di stretta logica siamo fuori dal terreno della prova (ossia della conferma), tanto ciò è vero che i giudici hanno elaborato criteri non di accertamento, ma di valutazione e quello che oggi va per la maggiore è il criterio, anch'esso di importazione dai sistemi di *common law*, del “più probabile che non”, che lascia larghi spazi a valutazioni discrezionali posto che i giudici, da un lato, affermano che si tratta di valutazioni affidate alla loro prudenza e, dall'altro lato, lasciano aperta la porta alle presunzioni (v. ad es., Cass. 13872 del 2020; 15991 del 2013; 15991 del 2011).

In questo modo hanno spostato il problema dal terreno della dimostrazione a quello della persuasione, dando in qualche modo ragione a chi ha posto l'arte della convinzione al centro dell'attuale processo (penso a Perelmann, ma non alla sua idea di “uditorio universale”; qui la persuasione è in stretto rapporto con le ideologie di cui ciascuno è portatore). Ancora una volta le parole

fanno da schermo. E così i giudici discutono del valore probatorio dei verbali di accertamento delle commissioni mediche (se ne è discusso per i numerosi casi di lesioni da emotrasfusione) ai quali da ultimo si è dato valore presuntivo (Sez. Un., 6 luglio 2023, n. 19129) con evidente riferimento non a fatti, ma a valutazioni (incidentalmente noto che del problema si è discusso anche per il valore da dare agli accertamenti contenuti nelle decisioni delle Authorities e in particolare di quella garante della concorrenza e del mercato: v. Cass., 4 ottobre 2021, n. 26869, dove si discute di prova e di presunzioni. In realtà si è di fronte a un'ibridazione tra l'attività decisoria dell'organo amministrativo e quella successiva del giudice in un diritto privato regolatorio sempre più caratterizzato *"by the coming together of administrative enforcement and judicial enforcement"*). Non ce ne dobbiamo, però, meravigliare, dal momento che all'oggettività del positivismo fondato sulla preminenza della forma, ossia della legge, stiamo sostituendo la soggettività di un neogiusnaturalismo fondato sulla prevalenza della sostanza, ossia del diritto; con un occhio particolare alle esigenze di un'economia sempre più complessa e sofisticata.

Resta solo da aggiungere che la situazione ha richiesto l'intervento del legislatore (l. n. 24 del 2017), che, peraltro, non ha risolto, ma ha spostato il problema, in quanto — a quel che so — le strutture preferiscono non assicurarsi, essendo i costi delle polizze divenuti esorbitanti, così scaricando sul sanitario l'onere dell'assicurazione.

7. L'entificazione del "fatto".

Torniamo al "fatto". Intendiamo per fatto un accadimento, che viene rappresentato nel processo. La rappresentazione, perciò, "ritaglia" un frammento del passato, un "accadimento" che la norma giuridica prende in considerazione trasformandolo in "caso" (Irti dottamente ci ricorda che per Leibniz *"casus definitur factum in ordine ad jus"*), ossia in "fattispecie"; ossia in "ipotesi" alla quale la legge dà qualche rilevanza o, se si preferisce, collega un effetto. Si trasforma in definiva in un concetto.

Lo abbiamo entificato e quindi abbiamo immaginato che esista il “fatto negativo”, che è un ossimoro, perché il fatto che “non esiste” è un “non fatto” e il legislatore, per quanto sia padrone di rendere i cerchi quadrati, non può trasformare in esistente ciò che non esiste. Ciò che non esiste non può essere rappresentato e, quindi, non può essere oggetto di validazione da parte del giudice; può esserlo eventualmente e indirettamente, stabilendo un rapporto di incompatibilità tra fatti accaduti e i “non fatti” presi in considerazione dalla disposizione di legge.

L'art. 2697 c.c., pertanto, prende e non può che prendere in considerazione i fatti, ossia gli accadimenti. Non è che, come dicevano gli antichi, il non-accadimento “*non eget probatione*”, è che esso non “può” essere provato (“*probari non potest*”). Giocando con i concetti, abbiamo dato vita al fatto negativo, ossia al non fatto, lo abbiamo trasformato nel suo contrario, ossia nel fatto; il non accaduto è diventato accaduto e lo abbiamo ricondotto nell'ambito della disposizione. In realtà, se in un processo si pone il problema del fatto negativo, è perché vi è una situazione giuridica che si sarebbe modificata se si fosse realizzato un determinato accadimento, così che il problema da risolvere sta nell'individuare chi subisce il rischio se manca la prova che l'accadimento si è verificato. Infatti, quando si pongono a carico di qualcuno le conseguenze sfavorevoli di un avvenimento che non si è verificato, è come se si ponesse a suo carico una presunzione legale (non diversamente nell'alto Medio-evo si riteneva che l'accusato dovesse provare la sua innocenza, ponendo sul suo capo una presunzione di colpevolezza).

Torniamo al “*leading case*”, alle Sez. Un. del 2001. L'attore che agisce per la risoluzione del contratto introduce nel processo una pretesa che nasce dall'inadempimento; una parola, questa, che — direbbe Kelsen — ha diritto di cittadinanza nel mondo del “*sollen*”, non in quello del “*sein*”. Dobbiamo scandagliare il nostro linguaggio, in cui le parole spesso sono significanti riasuntivi di discipline e non rappresentativi di essenze del mondo dei fenomeni. Pretendere, perciò, che l'attore in risoluzione dia

prova dell'adempimento si risolve nel pretendere che egli provi che nel passato non ci sono stati comportamenti del debitore dalla cui rappresentazione nel processo si sarebbe potuto derivare che l'obbligazione era stata adempiuta; ossia riteniamo che l'attore avrebbe dovuto provare l'inesistenza di fatti estintivi, ossia di non fatti, di cui si può dare, talora e, quindi, non sempre, prova indiretta, provando accadimenti incompatibili con il fatto estintivo.

Le Sez. Un. se ne resero conto, ma nell'indicare una diversa via per la soluzione di un problema specifico, formularono criteri generali da applicare in qualsiasi processo. È la conseguenza del volere "fare diritto", della vocazione alla "nomopoiesi". Se fosse rimasta aderente al caso da decidere, avrebbe avvertito il bisogno di un'indagine specifica, più dettagliata. Infatti, il principio affermato trova sicuro campo di applicazione quando il contratto obbliga il debitore a prestazioni di dare, perché il non fatto, ossia il "non ricevuto", il "non consegnato" non può essere provato mediante un fatto incompatibile. Il campo delle obbligazioni di fare, invece, è più problematico. Bisogna distinguere le obbligazioni in cui la prestazione consiste nel realizzare un'opera da quelle in cui la prestazione si risolve in un comportamento. Quanto alle prime, se, ad es., l'appaltatore non ha eseguito l'opera o non l'ha eseguita correttamente, dovrebbe bastare l'affermazione che l'opera non è stata realizzata per giustificare la pretesa di risoluzione, là dove se l'opera non fosse stata eseguita correttamente, spetterebbe comunque all'attore di provare la difformità tra l'opera realizzata e quella pattuita. Quanto alle seconde bisogna distinguere i casi i cui il *facere* consiste in un comportamento che si esaurisce in uno spazio temporale circoscritto da quelle che riguardano attività prolungate. Nel primo caso sono necessarie ulteriori distinzioni: ad es., se l'obligato è un artista che deve esibirsi al pubblico, l'attore potrà limitarsi ad affermare la mancata presenza nel luogo e nel tempo previsti nel contratto. Se è qualcuno che si è obbligato a una prestazione da rendere in privato (il parrucchiere che deve pettinare la sposa; un tecnico obbligato a un pronto intervento ecc.), il creditore può premunirsi con una prova (testimo-

niale; fotografica ecc.) della sua mancata presenza nel luogo e nel tempo stabilito e, quindi, del mancato adempimento. Se, invece, l'obbligato è tenuto ad una prestazione continuata che si prolunga nel tempo, la prova potrebbe essere offerta, per così dire, a campione, isolando singoli momenti dai quali inferire la continuità dell'inadempimento. Ma si tratterebbe pur sempre di una prova induttiva, laddove la controparte più facilmente potrebbe fornire la prova di avere eseguito la prestazione. In questo caso è evidente che il giudice dalla mancata offerta di prova da parte di chi potrebbe darla più facilmente potrà trarre elementi per fondare il suo convincimento. Del non corretto adempimento e della sua importanza, infine, l'attore non potrà non dare prova, perché la mancata corrispondenza tra la prestazione pattuita e quella resa si risolve in un accaduto, e quindi in un fatto.

Non va confuso il problema dell'accertamento del fatto negativo con quello dell'accertamento negativo. In questo caso non è l'ordinamento a disporre, ma è l'attore a decidere che il giudice accerti l'inesistenza di avvenimenti che abbiamo modificato la sua preesistente situazione giuridica. Me ne occupai mezzo secolo fa giungendo alla conclusione che "la legittimità dell'aggressione, rispetto alla fattispecie evocata nel processo con l'azione di accertamento negativo, costituisce un autonomo fatto impeditivo", della cui prova è onerato il convenuto. Anche se su singole posizioni ho cambiato opinione, ritengo ancora valida la conclusione e ricerche recenti non mi sembrano lontane da quelle conclusioni.

8. L'ibrido: rappresentazione e dimostrazione; conoscenza e valutazione.

Non riusciamo a districarci tra accertamento dei fatti e valutazione. Nel mondo del diritto il fatto non deve essere non semplicemente "rappresentato", "mostrato", "narrato". Dagli studiosi di fenomenologia abbiamo appreso che la semplice rappresentazione degli eventi secondo la dimensione temporale non basta; ciò che è rappresentato o mostrato acquista significato a seguito di un processo di "dimostrazione" o di "valutazione". Esempifico: se

narro di avere visto una persona vestita con una tonaca che da un calice traeva un piccolo oggetto tondo e bianco che ha consegnato nelle mani di altra persona che gli stava di fronte, la quale ha portato l'oggetto alla bocca, narro di avere visto due persone che stavano praticando il rito della Comunione (vado a mente ricordando come Tolstoj in *Resurrezione* descrive il rito). Ho inevitabilmente introdotto nella narrazione un elemento di valutazione. Ciò è ancora più inevitabile nel mondo del diritto nel quale dagli avvenimenti dobbiamo trarre elementi per qualificarli giuridicamente. Trattiamo, tuttavia, allo stesso modo il procedimento di "rappresentazione-validazione" delle proposizioni rilevanti che descrivono accadimenti, ossia dei frammenti del passato — procedimento che si serve necessariamente di un "qualcosa" in grado di confermare la "rappresentazione" (il testimone, il documento, la fotografia, la registrazione) — e il procedimento di "valutazione" giuridica degli stessi, al quale si fa ricorso quando si deve stabilire non se si siano verificati, ma se siano suscettibili di attributi qualificanti. Di sicuro, anche nel procedimento di accertamento dei fatti sono presenti momenti valutativi (il giudice deve valutare, ad es., l'attendibilità del testimone; la rilevanza del documento; l'autenticità della fotografia o della registrazione), ma ciò non ne costituisce l'essenza, come accade quando il giudice è costretto a "valutare". Il nesso di causalità non è un "accaduto", così come non lo è la "buona fede" o la "illiceità della condotta" o la "normale diligenza". Talvolta il legislatore viene d'aiuto con la tecnica delle presunzioni. Di solito ci dobbiamo affidare alla prudenza del giudice, dietro la quale si annidano i fatti notori, le massime d'esperienza, le opinioni degli esperti e, perché no, la capacità persuasiva dei difensori. Il procedimento di validazione, che si dovrebbe concludere con predicati di esistenza (è), in questo caso si risolve necessariamente in attestati di correttezza della valutazione (è ragionevole che sia), talora di opportunità o di convenienza. Da questo punto di vista la parte non offre e non può offrire la prova, può soltanto fornire elementi di persuasione. Qui Cicerone si prende la sua rivincita su Aristotele; l'*inventio* ha

la prevalenza sul *iudicium*. Come diceva Schopenauer, c'è tuttavia il rischio che l'importanza della dialettica stabilizzi "il modo di procedere della naturale prepotenza umana".

Tutto ciò non va sottovalutato soprattutto nei tempi attuali. Vedo addensarsi un cielo di stelle opache: l'efficientismo economico, la serialità, l'uso della macchina. Il nuovo verbo parla di giustizia predittiva e avverto come un desiderio di affidarsi alle lusinghe dell'intelligenza artificiale. Entrambe, tuttavia, hanno come inevitabile presupposto la trasformazione del "fatto" in "dato" e la cristallizzazione della massima di esperienza o della conclusione dell'esperto in "standard" valutativi. Il beneficio della celerità e, se si vuole, della semplificazione paga il prezzo dell'abbandono della irripetibilità di tutte le vicende umane, per cui qualsiasi giudizio ha una vita propria e finisce con l'essere diverso dall'altro; ha o può avere un esito prevedibile, mai certo.

Lo ammetto: il processo di "standardizzazione" è stato decisivo per il progresso dell'umanità. Si pensi al caos che ne deriverebbe se non si adottassero misure standard per le prese di corrente o per i tubi dell'acqua. Ma mi viene anche alla mente che essi sono stati alla base dell'economia fondata sulle previsioni. Nel campo alimentare ciò ha portato alla necessità di orientare produzioni equivalenti per dimensione, consistenza, colore, ossia conformi allo standard sufficiente per essere immesse sul mercato. Nei mercati abbiamo, così, mele o arance che garantiscono l'aspetto, la consistenza, la forma, ma non il sapore.

Non credo, perciò, che sia possibile opporsi all'evoluzione in atto, che è una tappa del cammino dell'umanità verso il futuro. "I fattori da cui nascono le cose esistenti, sono anche quelli in cui si risolve la loro estinzione, secondo il dovuto: infatti esse assolvono la giustizia e l'un l'altra pagano la pena della loro ingiustizia secondo l'ordine dei tempi". Ce lo ricordava Anassimandro nel VII secolo a. C. Ebbene, non so come l'uso dell'intelligenza artificiale possa incidere sul procedimento di validazione dei fatti nel processo. Dando per scontati i costi della serialità, bisogna lavorare per preservare il minimo indispensabile necessario per

salvare l'umanità del processo (che è l'equivalente del sapore delle cose di cui ho parlato pocanzi).

Di sicuro il cammino dell'umanità, che era stato lento, ha subito un'accelerazione improvvisa. Forse, sarebbe auspicabile che ci fermassimo a riflettere, a praticare una sorta di sospensione dal giudizio (qualcosa di simile all'*epoché* di Husserl), perché un fideistico abbandono alle opportunità che offre l'intelligenza artificiale potrebbe condurre a processi di estraniamento in cui l'individuo rischia di perdere la sua identità. Kant contrapponeva l'essere morale (l'*homo noumenon*) all'essere fisico (*homo phaenomenon*), macchina parlante. E al primo appartiene la civiltà del dubbio, che non è della macchina. Mai come ora le conquiste della scienza ci hanno posto di fronte scelte che segnano il nostro destino.

9. L'onere esce di scena in favore del rischio: quel che ci resta.

Quando, oramai più di mezzo secolo fa, ho iniziato a occuparmi dell'onere della prova vivevo in un mondo che poteva coltivare la presunzione che la "forma", ossia la legge, e non il giudice potesse stabilire su chi cadesse il "rischio" della mancata prova. E il presupposto era che spettasse alla legge di dettare le coordinate necessarie per rivestire il fatto, trasformandolo in fattispecie, in "caso", pensando a una legge descrittiva di fatti da qualificare. In questi anni la forma è stata maltrattata, accartocciata, piegata alle più disparate esigenze, essendo utilizzata non più per regolare, ma per provvedere e i confini tra la legge, generale e astratta, e il provvedimento, particolare e concreto, si sono perduti nei meandri del potere. Gli è che tutto ha un prezzo. La stessa legge, ossia la forma, è divenuta penetrabile dovendo la sua consistenza essere soppesata sulla bilancia dei valori, rapportata alla forma sovraordinata di cui si compone la Carta costituzionale, che è materata di valori e che è indifferente nei riguardi della fattispecie. Era inevitabile che la mia ricerca di allora ne riesca ridimensionata, perché è lo stesso concetto di fattispecie che ha perso di consistenza. Non è questo un rinnegare il proprio lavoro,

della cui validità, quando fu scritto, sono convinto. È che i prodotti del pensiero non sono avulsi dai tempi in cui sono prodotti e sarebbe un errore rappresentarsi come idoli degni di devozione. È questa la ragione per la quale, pure ammirando la costruzione chiovendiana, ne avverto la quasi totale obsolescenza in quanto nacque su presupposti oggi profondamente mutati.

Nel clima attuale, i legislatori si adeguano con interventi recenti. Il codice spagnolo prevede che il giudice “deve considerare la disponibilità e facilità della prova di ciascuna delle parti della lite” (art. 217, comma 6° *Ley de Enunciamento Civil*; ma già esisteva una disposizione per la quale il giudice poteva disporre “misure per decidere meglio”: art. 340). Nei Paesi Bassi, nei quali — si badi — è ammessa la testimonianza della parte, l’art. 150 del codice di rito dispone che la parte ha l’onere di provare il fatto a base delle conseguenze giuridiche che fa valere, salvo che “esigenze di ragionevolezza e di equità pongano un diverso onere della prova”. Se ne deduce che spetta al giudice di stabilire su quale parte ricade l’onere della prova di un fatto. Il codice di procedura civile brasiliano, dopo avere richiamato la tripartizione dei fatti (in costitutivi, impeditivi ed estintivi), ha di recente disposto che quando le peculiarità della causa rendono impossibile o eccessivamente difficile l’adempimento dell’onere di provare il fatto contrario, il giudice può attribuire l’onere della prova in modo diverso, a condizione che ciò faccia con una decisione motivata, dando alla parte la possibilità di soddisfare l’onere ad essa assegnato (art. 373).

È inutile dire che nei sistemi di *common law* un problema di ripartizione legale degli oneri probatori non esiste. Sarebbe difficile concepirlo in un sistema nel quale alla giurisprudenza è assegnata una funzione “creativa” del diritto, che non può non sposarsi con penetranti poteri giudiziali a partire dalle procedure di “*discovery*”. Si va alla ricerca, infatti, dei criteri, tutti più o meno discutibili: a) la parte è tenuta a provare ciò che è a base della sua “*affirmative proposition*”; b) o il fatto che nella controversia sia “*essential*”; c) o il fatto che è a base della richiesta; d) o

il fatto che possa essere più facilmente provato dall'una piuttosto che dall'altra parte; e così via. Aggiungo che tra i Paesi europei, la Svezia è quello più prossimo al sistema di *common law*.

Se questa è l'evoluzione in atto, potrebbe apparire inspiegabile — lo ripeto — che i nostri giudici mai si siano opposti e, anzi, abbiano favorito una legislazione che ha costruito un processo disseminato di rigide preclusioni, oggi anticipate addirittura ad una fase per così dire *pre-trial*, che è la negazione di un processo costruito in funzione della ricerca della cd. verità materiale, per poi avvertire l'esigenza di perseguire questo obiettivo in relazione all'onere della prova. La risposta, credo, sta nel fatto che le prime riguardano i procedimenti di acquisizione dei fatti, per cui nulla costa addossarne i rischi sulle parti, mentre l'onere della prova impinge sul processo di valutazione, che riguarda il giudice, il quale per suo conto recupera una esigenza di giustizia divenuta residuale (e spesso lo fa in maniera addirittura non rispettosa delle regole del contraddittorio). Né possiamo negare che c'è una sottile attrazione del nostro giudice a costruire il suo ruolo a somiglianza di quello di *common law*. Lo possiamo comprendere.

Riesumando affettuosamente il mio libro, Bruno Sassani osserva che a me “non piace l'*ex facto* che finisce per consegnare al giudice il potere finale di decidere cosa debba essere provato e da parte di chi” e che “la precostituzione legale delle fattispecie sostanziali è in ragione della prevedibilità delle risposte dell'ordinamento, onde vi contraddice il lasciare al giudice la scelta finale di riallocare il rischio della prova mancata sulla base di fattori mobili e imprevedibili (circostanze, peculiarità della situazione, qualità delle parti, loro posizione processuale)”. Di ciò i giuristi tedeschi sono così consapevoli da avere ritenuto che di una regola del genere non c'è bisogno, perché è una *Grundregel* da tutti riconosciuta (una sorta di “in sé” del sistema).

Il problema sta qui. Qualcuno ha ricordato che “in una società del disordine, il valore ‘ordinamentale’ del diritto forse non basta”. Non vorrei — come paventa questo autore — dovere andare alla mia “personale cripta dei cappuccini a salutare le tombe dei

miei imperatori: nella convinzione che sia ancora meglio vivere *sub lege* che *sub rege*".

Icasticamente è stato scritto, parlando dell'onere della prova, che si tratta di una regola cha "*a le mérite d'éviter le double risque du deni de justice e de l'arbitraire du juge*". Oggi, sul proscenio del processo l'onere è stato confinato tra le quinte e sulla ribalta resta il rischio. L'avere, così, trasformato l'art. 2697 in una sorta di flessibile norma di indirizzo è il segno dell'attuale disordine ordinamentale nel quale il giudice "sottoposto alla legge" tende a "fare la legge" e, quindi, a sostituirsi al "re", per cui a noi giuristi spetta il compito di contrastarlo là dove tracimi, oltrepassando ciò che è strettamente necessario e ragionevole.

Non è molto, ma è quanto allo stato ci resta.

Nota bibliografica.

Nel mezzo secolo trascorso dalla pubblicazione del mio libro sull'onere della prova il tema ha continuato ad essere oggetto di riflessioni da parte della dottrina. Tra tanti ricordo gli interventi di Vallebona, con particolare riferimento alle controversie di lavoro, di Patti e di Comoglio. Oggi leggo una rassegna del pensiero medievale, più sul ragionamento presuntivo e sulle presunzioni che sull'onere della prova, in un articolo di NARDOZZA, *L'onere della prova e logica presuntiva. Note sul processo dei glossatori (tra XII e XIV secolo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 869 ss.

Allo stesso modo è stato oggetto continuo di riflessioni il tema sottostante delle prove (me ne occupai molti anni fa, redigendo la relativa voce per l'Enciclopedia del diritto), tra cui ho tenuto presenti gli scritti di CAVALLONE, *Il giudice e la prova*, Padova, 1991, di LOMBARDI (*infra*) e di POLI, *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Torino, 2023.

La frase di Carnelutti si legge a pagina 32 del suo *La prova civile* (1915), rist., Milano, 1992

La manipolazione delle parole è il titolo di un libro di CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, ed. Rizzoli, 2010; ma v. anche SENOFONTE, *Sociologia e filosofia del linguaggio*, Napoli, 1982.

La frase di Wittgenstein è tratta dalla proposizione 5.6 del *Tractatus logico-philosophicus*, trad. It. di G. CONTE, Torino, 1989. Ma ricordo che già Vico, che dedica molte pagine all'importanza del linguaggio (e al valore delle favole o dei miti), ci aveva detto che "le lingue vivono con gli imperi...con quelle con-

cepiscono le formole delle loro religioni e delle loro leggi” (*La scienza nuova*, Milano, Mondadori, ed. del 1990, 1177).

Per la differenza tra conoscenza diretta e conoscenza per descrizione ho avuto presente RUSSEL, *I problemi della filosofia*, trad. it. di E. Spagnol, Milano, 2007.

Sulla concezione neopositivistica (di Carnap) e su quella falsifazionistica (di Popper) — temi che non mi appassionano, perché mi è sembrata una disputa tra chi sostiene che il bicchiere è mezzo pieno e chi si oppone, sostenendo che è mezzo vuoto — mi è sufficiente rinviare alla documentata riflessione critica di LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 62 ss.

In disparte le infinite dispute sulla prova legale, ho qui tenuto presenti, quanto alle prove illecite, PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017 e, quanto alle prove atipiche, G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999.

Nel passaggio dall'*ordo* al *processus* — ricordando gli studi di Giuliani e Picardi — è inevitabile che si accresca il potere giudiziale. Marinelli, Bajons e Böhm, a seguito di un convegno, hanno pubblicato un libro sull'attualità del pensiero di Klein, *Die aktualität der Prozess-und Sozialreform Franz Kleins*, Bonn, 2015, che del ruolo attivo del giudice fu un apostolo appassionato. Mi ha intrigato lo scritto di Bohm che contrappone l'autonomia privata al potere giudiziale. Nelle democrazie liberali e nel pluralismo postmoderno, fino a quale punto è legittimo avere fiducia nel potere giurisdizionale? Se affidiamo ai giudici il compito di garantire la marcia per l'acquisizione della sempre maggiore consapevolezza delle nostre libertà (nel senso di Hegel), non può non essere posta l'eterna domanda: *Quis iudicet iudices*?: *Parteiautonomie versus Richtermacht: Die Verantwortung für die programmierung des Verfahrensablaufs*, 149 ss., spec. 170 s.). Poiché nel testo ho richiamato il potere degli arbitri, preferisco ricordare (piuttosto che un mio scritto sul tema) Consolo (in *Riv. Dir. proc.*, 2015, 1383 ss.), che ha ben presente la differenza tra il processo statale e quello arbitrale, quest'ultimo costruito sul modello “isonomico”. Se, poi, il nostro processo sia quello di uno Stato in cui si realizza una democrazia liberale ovvero quello di uno Stato in cui prevalgono ideologie autoritarie mi sarebbe piaciuto che ce lo dicesse Cipriani, il quale tacciava di autoritario il codice del 1942 (in particolare ho presente il suo “*Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992”). L'ultima (ma non l'unica) trovata, che spero non abbia luce, sarebbe quella di decretare l'estinzione del processo se non è pagato il contributo unificato (Panzarola ha scritto un libro su “*Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022”, che all'epoca di Chiovenda sarebbe stato probabilmente impensabile). Aggiungo che ci abbiamo messo del nostro,

enfaticizzando l'abuso del processo e la meritevolezza, ossia subordinando l'autonomia dei soggetti alle esigenze organizzative del servizio. Ma lo statalismo è subdolo e spesso si presenta sotto le mentite spoglie di un solidarismo non di rado di ispirazione cristiana.

Per illustrare il valore del passaggio dagli obblighi processuali delle parti agli oneri nel contesto di un'ideologia democratica liberale, e per la critica del cd. rapporto giuridico processuale bene ha fatto Marinelli a tradurre, introdurre e pubblicare Goldschmitt, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, Torino, 2019, di cui ricordo il punto di partenza: "i nostri diritti, anche quelli inviolabili, altro non sono che aspettative, possibilità, oneri" (così a pagina 1 della prefazione dell'Autore).

Il "non liquet" è presente negli ordinamenti dell'Europa continentale (si vedano i vari rapporti raccolti in J.M. LEBRE DE FREITAS, *The law of Evidence in the European Union*, Utrecht, ed. Kluwer Law, 2004), ma non è assente nei sistemi di *common law*, nei quali si parla di "risk of non persuasion": v., ad es., JAMES-HAZARD, *Civil procedure*, 2^a d., Boston, 1977, 241 ss., che richiamano Wigmore.

La storia della prova nel processo è l'epitome della storia della nostra civiltà. Per addentrarmi in questo lungo cammino ho sempre presenti i tre tomi su *La preuve*, raccolti dalla soc. Jean Bodin, Bruxelles, 1965. Nella sua sintesi generale, LEVY, *L'évolution de la preuve, des origines à nos jours*, ivi, XVII, 9 ss. esordisce notando che sul tappeto i problemi sono due: quello della prova e quello dei mezzi di prova, dei quali tratta illustrando il passaggio da sistemi irrazionali a quelli in cui si afferma la razionalità del procedimento probatorio. Rileggo, ad es., BROGGINI, *La preuve dans l'ancien droit romain*, ivi, vol. I, 262: le arringhe di Cicerone ci pongono di fronte a un diverso mezzo di prova: il rumore pubblico, l'opinione generale sul fatto controverso o sulla personalità delle parti, che arrivano all'orecchio del giudice senza l'intermediazione dei testimoni. Nota Brogginì che in fin di conti siamo di fronte a una sorta di testimonianza popolare che tende a trasformare in notorio l'elemento controverso ed al quale difficilmente il giudice riesce a sottrarsi. Ci ritrovo qualcosa di molto attuale. Ma non posso dimenticare che GAUDEMET, *Les ordalies au moyen âge: doctrine, législation et pratiques canoniques*, ivi, vol. II, 98 ss. ravvisa un fondamento razionale nell'ordalia, che i barbari rintracciavano nelle forze della natura, che rigetterebbero il colpevole e il mentitore, e la tradizione cristiana in Dio, onnipotente e onnisciente, che si esprime con i segni e gli elementi. E nel caso del duello, giocava la convinzione che colui che sa di avere un buon diritto a suo favore non esiterà a combattere.

Sassani, affettuosamente riesumando il mio libro, sepolto sotto la polvere dei cinquant'anni dal momento in cui apparso negli scaffali, ha bene evidenziato i mutamenti di cultura e di sensibilità (lo scritto è riprodotto in *Saggi scelti*,

Torino, 2023, 175 ss.). Delle Sez. Un. n. 13533 del 2001 e della giurisprudenza cui ha dato vita successivamente si è occupata BESSO, *La vicinanza alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss. Sui problemi probatori nelle controversie da responsabilità dei sanitari mi è sufficiente richiamare SPAZIANI, *Carlo Lessona e la responsabilità medica (riflessione semiseria ispirata da un cattivo oculista che esercitò nell'antica Persia)*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 121 ss. Il principio del “più probabile che non”, oggi applicato dalla nostra Corte di cassazione, richiama alla mia mente il principio della “prova migliore” dell’esperienza dei sistemi di *common law*, su cui FERRARI, *La “prova migliore”. Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004. Sul valore cd. probatorio delle decisioni delle autorità amministrative v. CAMILLERI, *L’azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti dall’Arrêt Repsol*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2024, 437 ss. (da cui traggio la frase, riprodotta nel testo, di Micklitz citato a p. 419 nota 12).

Quanto alla prova del fatto negativo LÉVY, *La preuve dans les droits savants*, in *La preuve* cit, XVII, 140, dopo avere ricordato l’affermazione di Dioleziano (*cum negantis factum per rerum naturam nulla sit probatio: Corpus*, 4, 19, 23 e 4, 30, 15), aggiunge che secondo Irnerio, che del principio si fece assertore, non è possibile fornire la prova di ciò che è negato, ossia di un “non essere” (*non ens*). È quanto sostengo nel testo. Nell’alto medio-evo il problema si pose con conseguenze drammatiche nel diritto penale, perché si riteneva che l’accusato dovesse provare la sua innocenza (LEVY, *ivi*, 140 ss.: ciò indusse Beccaria a sostenere che non fosse possibile condannare un accusato in base alla testimonianza di una sola persona, perché sulla bilancia la dichiarazione del testimone ha lo stesso valore della dichiarazione dell’accusato: v. FORIERS, *La preuve dans l’école de droit naturel*, *ivi*, 171). La prova dell’acqua o quella del fuoco costituivano, così, l’estremo rimedio in quanto la divinità interveniva, secondo la cultura del tempo, a salvare chi è perduto. Nel diritto “savant” e in quello canonico si sostituisce all’ordalia la prova legale, quale la confessione o il giuramento. La confessione, come sappiamo, darà luogo alla tortura di cui fece abuso l’Inquisizione (v. ad es. FORIERS, *La preuve dans l’école de droit naturel*, cit., 186 ss.). In realtà, quando l’ordinamento collega conseguenze a qualcosa che non si è verificato, il problema è quello di stabilire su chi debba ricadere il rischio della mancata prova del fatto che l’accadimento si è verificato. Tra le mie disordinate letture mi sono capitate sotto gli occhi le lezioni di Filippo Vassalli, *Della tutela dei diritti (libro VI codice civile)*, raccolte da C.A. Funaioli, edite a cura del Cons. Naz. Forense. Vassalli è perentorio: “Se il fatto negativo è elemento costitutivo del fatto giuridico che si allega, deve essere provato così come

gli elementi positivi” (p. 60); e prosegue esemplificando: chi vuole provare che taluno sia dichiarato assente, deve provare la mancanza di notizie; chi pretende la restituzione dell’indebito deve provare l’inesistenza del debito. In questi casi è scontato che la modificazione della situazione giuridica che si chiede al giudice di accertare presupponga che sia provata. Poiché non è possibile dare prova, negli esempi fatti, in cui è rilevante che il preteso assente non abbia dato notizie o che non ci siano debiti pregressi, il problema si sposta sul come si possano fornire al giudice elementi per i quali si convinca che non ci siano stati fatti contrari positivi e su come sia ragionevole ripartire il rischio della mancata prova (qui sull’esistenza del debito o sulla mancanza di notizie). È questo un campo in cui si può fare utile applicazione del principio della cd. vicinanza alla prova (del fatto positivo, ossia del fatto in senso naturalistico, inteso come accadimento; qui: mi sono fatto vivo; ti avevo prestato danaro).

La frase di Leibniz è tratta da IRTI, *Sulla relazione logica di “non-conformità” (precedenti e susseguenti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1531.

L’affermazione riguardante l’onere della prova nelle azioni di accertamento negativo è tratta dal mio libro sul *L’onere della prova* (p. 543). Il problema è stato riesaminato da A. ROMANO, *L’azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, le cui conclusioni mi sembrano non essere molto distanti dalle mie (v. p. 412 ss.) e da CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013.

Il passo di Schopenhaer si legge in *L’arte di ottenere ragione. Esposta in 38 stratagemmi*, Adelphi, 1992, 31. Di sicuro sembra di vivere in un’epoca in cui si riscopre il valore dell’arte di persuadere (su cui FUMAROLI, *L’età dell’eloquenza*, Adelphi, 2002), peraltro insidiata dai meccanismi di intelligenza artificiale.

Traggo i criteri per ripartire gli oneri probatori nei sistemi di *common law* da JAMES-HAZARD, *op. cit.*, 245 ss. Per il sistema svedese rinvio a LINDEL, *Evidence in Sweden*, in Lebre de Freitas, *The law cit.*, 407 ss. Le riforme della legge spagnola sul processo erano nell’aria: nel 2008 F.R. MENDEZ, *Enjuiciamiento civil. Como gestionar los litigios civiles*, Barcellona, Atelier ed., I, 675 scriveva, ad es., che si deve dare rilievo alla parte che si trova nella posizione migliore per provare, aggiungendo che si tratta di evitare che a causa di una regola dommatica e rigida di distribuzione del *thema probandi* si ammetta una *probatio diabolica* per una parte, ossia, una prova quasi impossibile.

Dei rischi della standardizzazione ho preso coscienza leggendo D’ERAMO, *Il maiale e il grattacielo. Chicago: una storia del nostro futuro*, ed. Feltrinelli, 1999. Sono consapevole che l’uso delle conoscenze artificiali inevitabilmente contribuirà a una standardizzazione (non più delle cose, ma) degli individui. Nessuno allo stato è in grado di prevederne le conseguenze. Ho trovato inte-

ressante un recente libro di LAMBERTI, *Lemmi digitali. Verso la democrAI*, ed. Mimesis, 2023 (democrAI sta per “democrazia istantanea”): riflettendo sui nuovi approcci normativi, l’A. si chiede se essi garantiscano “il rispetto della dignità umana, delle libertà individuali, della democrazia, della giustizia, dello Stato di diritto...” (p. 51). Il frammento di Anassimandro, richiamato nel testo, si legge in *I presocratici. Frammenti e testimonianze raccolti da H. Diels e W. Kranz*, trad. di G. Reale, Milano, 2006, fr. N. 1, 196-7. Della distinzione tra l’uomo noumeno e l’uomo fenomeno parla Kant, in KANT-CONSTANT, *Il diritto di mentire*, ed. Passigli, 51.

Sull’attuazione della legge e sulla formula “quello e proprio quello” (che ne costituisce la base), che Chiovenda aveva ripreso dalla dottrina tedesca (e, in particolare, da Wach), ho scritto qualcosa altrove. Mi sento affiancato da Chizzini (v., ad es., *Tipicità e processo civile*, in *Jus*, 2020, 327 s.). E per quanto riguarda l’avvicinamento tra i due sistemi (di *civil* e di *common law*) rinvio a CAVALLINI, *Diritto, rimedi e res judicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 208 ss.

Chi non vorrebbe vivere “sotto il re” è Petronio, *Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime*, in *Fatto e diritto nella storia moderna dell’ultimo grado del processo civile europeo*, in *Atti del convegno del 22 dic. 2017 in memoria di N. Picardi*, a cura di Consolo, Fabbi e Panzarola, 79. Lo sono anch’io e da anni scrivo (a me stesso) dei rischi che la democrazia corre quando un potere tende a prevalere (e l’attuale conflittualità ce ne fornisce prova). È questa la ragione per la quale riconosco al positivismo un valore che non va accantonato e, leggendo A. PUNZI, *Elio Fazzalari teorico del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 859 ss., mi rendo conto delle ragioni per le quali Fazzalari volle e mi convinse (ero alquanto restio), con lo scarso entusiasmo dei colleghi della materia, a succedergli alla cattedra romana, essendo il suo mondo dei valori non lontano dal mio.

La frase riassuntiva è di MERIC, *Droit de la preuve, l’exemple francais*, in Lebre de Freitas, *The law cit.*, 160.

Consulenza tecnica di ufficio e onere della prova

di FERRUCCIO AULETTA

SOMMARIO: 1. Il legame profondo tra principio dell'onere della prova e consulenza tecnica d'ufficio. — 2. Decisione con efficacia di giudicato e valore sociale delle affermazioni giudiziali. — 3. La conclusione del procedimento di c.t.u. — 4. Divieto di *non liquet*, negoziabilità dell'onere della prova e indefettibilità della tutela giurisdizionale. — 5. Indefettibilità del potere di disposizione della c.t.u. — 6. Natura di contenitore neutro del procedimento di c.t.u. e riflessi del diritto sostanziale. — 7. Monopolio di parte dell'allegazione e pluralità di funzioni del procedimento di c.t.u. — 8. L'istanza di ammissione della c.t.u. quale nucleo del potere di allegazione. — 9. Modulazione dell'onere di allegazione e sua riduzione estrema all'istanza di ammissione della c.t.u. — 10. Onere di allegazione, dovere acquisitivo, funzione residuale di garanzia dell'art. 2697 c.c.

1. Il legame profondo tra principio dell'onere della prova e consulenza tecnica d'ufficio.

Le ragioni della combinazione tra onere della prova e consulenza tecnica sono — direi — intuitive. L'interferenza è costituita dal fatto che l'allegazione e la prova, disciplinate dall'art. 2697 c.c., tendono — quali oneri — a gravare unicamente le parti; e invece l'istituto della consulenza tecnica, che pure insiste su entrambi quei fenomeni, sembra allo stesso tempo esporli a concorrenti esercizi facoltativi del giudice. Quindi, per l'attrito evidente, la giurisprudenza va continuamente alla ricerca di punti di equilibrio.

In una raccolta di scritti pubblicata quest'anno, sotto lo stesso titolo del nostro convegno di oggi, a cui hanno contribuito processual-civilisti e civilisti, il tema, qui affidato a me, è stato trattato da Vincenzo Ansanelli, il quale ne conclude nel senso che l'equilibrio

olim rinvenuto in giurisprudenza (tra i due elementi dell'onere della prova e della consulenza tecnica) sarebbe di già perduto.

In realtà, a leggere le declamazioni giurisprudenziali, queste restituiscono posizioni di permanente nettezza, a cominciare dall'enunciato fondamentale per cui la richiesta di ammissione della consulenza tecnica non può tener luogo dell'assolvimento dell'onere probatorio originariamente ricadente sulla parte istante. Si tratta di un vero e proprio *refrain* della giurisprudenza.

Né mancano affermazioni secondo cui anche (oserei dire: *finanche*) nel giudizio arbitrale la consulenza tecnica non è destinata a esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle relative richieste; fatti che devono, perciò, dimostrarsi a cura della stessa parte, alla stregua dei criteri di ripartizione di cui all'art. 2697 c.c.

Tuttavia, tra principio dell'onere della prova e potere di nomina del consulente tecnico corre una base profonda a tenerli insieme: entrambi condividono, sotto profili diversi, l'aspirazione alla stabilità della decisione. Potremmo dire, all'estremo, che si tratta di accezioni diverse del significato della cosa giudicata materiale.

2. Decisione con efficacia di giudicato e valore sociale delle affermazioni giudiziali.

Il principio dell'onere della prova consente al giudice in ogni caso di decidere con efficacia di giudicato; il potere di dare ingresso alla consulenza tecnica, parimenti, gli consente di attribuire un valore sociale, democratico-veritativo, alla regiodicata comunque attingibile per la mancanza sperimentata di uno standard probatorio maggiore, levandole così, per quanto possibile, la componente più odiosamente formale o solamente autoritaria.

Nel giudizio statale la regola di giudizio derivata dall'onere della prova deve essere l'*extrema ratio*, dato che il grado di accettabilità sociale di una decisione dipende specialmente dalla consistenza delle prove che ne costituiscono il fondamento, ed è massima quando la prova assume le fattezze del tipo storico-positivo.

Ora, la consulenza tecnica e la sua disponibilità officiosa realizzano prevalentemente modi attraverso i quali l'incidenza statistica dell'impiego della regola formale (*actore non probante reus absolvitur*) può essere ridotta e, in fine, evitata; e ciò accade perché la serie dei fatti secondari selezionabili dal consulente consente normalmente di affermare la coincidenza probabile o l'incompatibilità col *factum probandum*; in altre parole: di offrire comunque una presunzione, quale prova (diretta) del (o contraria al) fatto da provare. In breve, la vera caratteristica della consulenza tecnica, diversamente dai mezzi di prova la cui rilevanza si offre solo se in caso di successo, è che la sua rilevanza (ovvero, l'efficacia probatoria) si dà in ogni caso.

3. La concludenza del procedimento di c.t.u.

Nella ricerca monografica alla quale mi ero dedicato più di vent'anni fa avevo usato l'espressione "concludente", un'espressione che specie nella letteratura giuridica tedesca — "*schlüssigkeit*" — è assai densa di significato. La dottrina spagnola, di contro, fa uso — specificamente avendo riguardo al procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico — dell'espressione "*medio de prueba bilateral*", che è abbastanza indicativo della circostanza per cui una presunzione, diretta o contraria, costituisce la sorte naturale del procedimento di consulenza tecnica.

In aggiunta, la regola formale di giudizio basata sull'onere della prova si potrebbe dire eticamente incompatibile con la soluzione di alcune controversie; si pensi ai diritti indisponibili o alle controversie in materia di *status*. Dunque, sentenze che devono essere rese in nome del popolo trovano nella consulenza tecnica un sollievo dalla regola estrema in favore dell'incremento della base razionale e del consenso sociale della decisione.

Ricostruita così, la relazione tra l'onere della prova e la consulenza tecnica non è più di intuitivo antagonismo, e la consulenza si rende, ricorrendone i presupposti, l'ultimo tentativo di evitare una pronuncia fondata esclusivamente sul principio di cui all'art. 2697 c.c. (o di quel suo equivalente logico che sta[va]

nell'art. 479 c.p.p. abr., secondo cui “*il giudice pronuncia sentenza di assoluzione per insufficienza di prove*”).

Del resto, alla voce di Fabbrini, “*potere del giudice*”, nell'Enciclopedia del diritto, da quarant'anni (1985), si legge che una delle ragioni del conferimento di poteri istruttori al giudice, in generale, è da individuarsi esattamente in ciò che vado dicendo.

4. Divieto di *non liquet*, negoziabilità dell'onere della prova e indefettibilità della tutela giurisdizionale.

Si potrebbe, allora, dire — forse forzando la mano, e però non più di tanto — che in alcuni dei casi in cui è ammissibile la consulenza tecnica, se poi così non fosse, in termini democratico-veritativi sarebbe socialmente più accettabile la pronuncia di *non liquet*.

Di recente Antonio Cabral ha condotto uno studio, già oltre la seconda edizione, il cui titolo è — traduco dal portoghese — “*Giurisdizione senza decisione*”. Vi si assume l'assenza — nell'ordinamento brasiliano, beninteso — di impedimenti costituzionali e, in via di principio, l'ammissibilità di pronunce di *non liquet* a determinate condizioni di insuperabilità nella cognizione dei fatti (e non solo dei fatti, secondo l'Autore); decisioni vere e proprie che, in ultimo, procurerebbero stabilità — come si dice lì — *coeteris paribus* (noi parleremmo di “*giudicato allo stato*”), dunque con la forza non della regiudicata in senso stretto, ma vincibile col rinnovato esercizio dell'azione, quando fondato su elementi nuovi: nuovi fatti, nuove prove, nuove norme.

Del *non liquet* l'autore ammette un'introduzione anche per via convenzionale.

Col lessico del nostro ordinamento, sarebbe come dire che, poiché noi si ricava il divieto di *non liquet* dall'art. 2697 c.c., che è una norma di legge ordinaria, allora del divieto le parti possono disporre. Del resto, l'art. 2698 c.c., sotto il profilo della regola distributiva che risiede nella stessa disposizione precedente, riconosce l'agibilità in via di principio di patti; e quindi, in qualche misura, implicandone la disponibilità ultima.

Sennonché, mi pare di dovere segnare la differenza rispetto all'ordinamento brasiliano, ribadendo come da noi si ascriva il divieto di *non liquet* all'indefettibilità costituzionalmente imposta della tutela giurisdizionale, e quindi si debba negare recisamente l'ammissibilità del *non liquet*: se, insomma, si può negoziare sulla distribuzione dell'onere della prova (il *quomodo* della tutela), non si può per questo assumere la disponibilità della giurisdizione e della relativa continuità funzionale (*an*), che rappresenta, quale corollario della sua intima effettività, un portato diretto della Costituzione, non tanto né soltanto dell'art. 2697 cit.

5. Indefettibilità del potere di disposizione della c.t.u.

In linea di massima, la permanente diversità, col seguito della loro naturale scindibilità, tra il divieto di *non liquet* e il principio dell'onere della prova trova riscontro in quello che Mauro Bove, per esempio, scrive a proposito del divieto del *non liquet*, che certo vale anche per gli arbitri. Essi hanno un obbligo contrattuale di pronunciare il lodo entro un termine dato, ma affermare — sostiene M. Bove — la sussistenza di un simile obbligo non significa anche dire che debba trovare attuazione per mezzo dell'applicazione di quella stessa regola di giudizio che la legge detta per il giudice statale. Il caso di un'insufficienza della prova dei fatti costitutivi del diritto azionato, per esempio, potrebbe essere risolto sulla base della verosimiglianza delle allegazioni effettuate quale criterio alternativo rispetto all'art. 2697 c.c.

Un riflesso di tanto sul tema di cui più direttamente mi occupo sta in questo: se la regola estrema dell'onere della prova ha certo rango ordinario, derogabile — come attesta, del resto, l'art. 2698 c.c. — fino ad ammettere *patti* al riguardo, invece la consulenza tecnica, che sta in rapporto all'indefettibilità costituzionale della giurisdizione, non ne tollera. Il procedimento di istruzione mediante consulente tecnico, sia quale potere processuale conferito alla parte come manifestazione del diritto di azione, che riconosciuto al giudice come strumento di approssimazione ai valori scientifico-razionali riconosciuti dalla comunità, nel nome della

quale egli amministra la giustizia, risponde a funzioni costituzionalmente protette, almeno nell'ambito statuale. E poi la struttura del procedimento stesso ripete, in fondo, il modello costituzionalizzato del processo, di cui costituisce una sorta di alternativa legittima quanto al segmento della fase di istruzione probatoria.

Sotto la direzione del giudice, a ben osservare, si svolge una sorta di procedimento *bonsai*, sostanzialmente caratterizzato da una capacità di introdurre fatti proprio al modo in cui tanto avrebbe potuto formalizzarsi attraverso un'istruzione probatoria condotta secondo i mezzi di prova, e però *davanti* a un soggetto in posizione — direi — *vice iudicis*, che è il consulente tecnico.

6. Natura di contenitore neutro del procedimento di c.t.u. e riflessi del diritto sostanziale.

È un contenitore neutro la consulenza tecnica d'ufficio, una sorta di succedaneo deformalizzato della normale istruzione probatoria, adatto a ricevere in forme essenziali, ma rispettose del contraddittorio, una a una le fonti la cui assunzione troverebbe, *davanti a giudice*, un autonomo e separato procedimento di accesso. Per Costituzione, la legge non potrebbe impedire al giudice di valersi del consulente imparziale, né alle parti, tantomeno a una soltanto, di non usare questo strumento. Uno strumento definibile a capacità variabile, anche se dipende veramente dal diritto sostanziale togliere eventualmente alla posizione pretensiva fattori ingredienti della relativa istruzione probatoria: l'essenza processuale della consulenza tecnica rimane, infatti, subordinata all'eterodeterminazione del diritto sostanziale, che può stabilire quali siano i mezzi utilizzabili per la prova del diritto *sub iudice*, e quindi potrebbero ricorrere ragioni sostanziali prevalenti a escludere, per la prova di un determinato diritto, specifici mezzi (arg. *ex art. 2729*, comma 2, c.c.). Sennonché, di limiti del genere risentirebbe inevitabilmente lo strumento processuale, che è destinato, in modalità deformalizzata, a raccogliere il risultato. In altre parole, rimane incompatibile col presupposto legittimante la consulenza tecnica d'ufficio la ricerca della prova del pagamento,

invero non raggiungibile *ex art. 2729 c.c.* mentre al procedimento istruttorio *de quo* rimane invece «necessario» che il fatto principale costituisca oggetto ammissibile di presunzione.

L'ordinamento processuale soltanto deve garantire, il che fa — appunto — mediante il procedimento di consulenza tecnica, che le *forme* ordinarie di assunzione delle fonti di prova non frustrino le possibilità legittime e reali della parte di ottenere un provvedimento che, conclusivamente, non derivi dalla sola incapacità soggettiva di offrire la dimostrazione del fatto rilevante; e, sempre mediante la consulenza tecnica, l'ordinamento processuale, impedisce pure che una decisione resa in nome del popolo possa farsi sostanzialmente repulsiva di valori che la società già riconosce, in quanto accreditati da una comunità tecnico-scientifica di esperti, deputata all'elaborazione di tali valori; valori che l'esperto, quale che sia la natura della consulenza tecnica (usando le categorie della giurisprudenza: percipiente o deducete, accertativa o valutativa) è sempre in grado di trasferire.

Uso l'espressione “valori” perché qualunque consulenza tecnica in senso proprio, anche direttamente e unicamente applicativa di determinate regole, in realtà implica la posizione di fatti di portata regolare, di fatti normativi, ancorché non giuridici, ma pur sempre normativi. Il più essenziale dei procedimenti di consulenza tecnica, fatta — cioè — di nuda applicazione di regole, in realtà implica la *posizione* di almeno un fatto regolare, cioè di un fatto che, sotto il profilo eventualmente soltanto statistico, ha una portata normativa.

Per sintetizzare: si può avere un processo la cui regola distributiva non sia quella dell'art. 2697 c.c., ma non si può avere processo senza consulenza tecnica d'ufficio.

7. Monopolio di parte dell'allegazione e pluralità di funzioni del procedimento di c.t.u.

Quindi, allo stato, l'equilibrio che la legge ordinaria realizza, essendo entrambi gli elementi messi a confronto governati dalla legge ordinaria (quell'*equilibrio perduto*, secondo Vincenzo Ansanelli), dev'essere ulteriormente ricercato, e il tentativo da ope-

rare è di verificare se l'art. 2697 c.c. possa mantenere una funzione, questa sì insurrogabile, di garanzia nei confronti del giudice, quella che mi appare come il nucleo ideale della posizione del professor Verde, vale a dire dell'art. 2697 come ultimo baluardo di fronte all'iniziativa del giudice.

A mio avviso, l'art. 2697 c.c. può ancora svolgere un ruolo siffatto, segnatamente nei confronti anche della consulenza tecnica, a condizione che lo si legga come fonte dalla quale mutuare, con la stessa modulazione dell'onere della prova, l'onere dell'allegazione.

L'onere dell'allegazione è modulato sull'onere della prova, ma lo precede logicamente. Può essere in realtà, a certe condizioni, *quello e proprio quello* che ha da essere ineludibilmente riferito esclusivamente alla parte, e che potrebbe riassumersi, alle condizioni che proverò a indicare, nella sola istanza di nomina del consulente tecnico. Insomma, il punto cruciale arretra e finisce per essere individuato, fino a coincidere nei casi estremi, con quello relativo all'onere dell'allegazione quale insopprimibile e infungibile riserva all'iniziativa di parte. Traggo dai repertori della giurisprudenza alcune affermazioni, quali: "benché le parti non possano sottrarsi all'onere della prova a loro carico, invocando per l'accertamento dei propri diritti una consulenza tecnica d'ufficio, è tuttavia consentito al giudice fare ricorso a quest'ultima per acquisire dati la cui valutazione sia poi rimessa allo stesso ausiliario (cosiddetta consulenza percipiente), purché la parte, entro i termini di decadenza propri dell'istruzione probatoria, abbia allegato i corrispondenti fatti, ponendoli a fondamento della sua domanda ed il loro accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche. Tuttavia, anche in siffatte ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti, nell'insufficienza dei quali, quindi, non può procedersi all'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio".

Del resto, la funzione di garanzia, che è insita nel potere di allegazione, mi sembra comprovata nella parte generale del codice di procedura civile, se è vero quello che abbiamo imparato dal (manuale del) professor Verde, dove con enfasi si insegna che finanche il fatto notorio è oggetto dell'onere di allegazione, perché

il codice dispensa al riguardo dalla prova e basta (“*senza bisogno di prova*”), non anche dall’allegazione. Dunque, persino il fatto notorio va allegato dalle parti.

L’allegazione o posizione del fatto è compito sempre riservato alle parti, che devono inalienabilmente realizzare una seppure minima affermazione linguistica al suo riguardo, assistita da completezza e munita di un segno positivo o negativo. Tuttavia, la massima esasperazione dell’onere di posizione del fatto non potrebbe giungere a tradursi nell’esigere dalla parte di enunciare completamente e analiticamente tutte le circostanze, anche quando integrate da fatti secondari ignoti, ignorati per la loro intima natura tecnico-scientifica, perché la collettività generale non li conosce (non sa decrittarli). Mentre tutti i fatti principali o secondari di ordinaria esperienza possono costituire senz’altro oggetti di onere di allegazione e di prova esigibili, all’inverso il fatto secondario non accessibile indiscriminatamente, siccome di natura tecnica o scientifica, non può farsi oggetto di adduzione *ex parte* necessariamente analitica. Pertanto, l’esonero, secondo logica, della parte interessata all’allegazione di tal genere di fatti secondari, se non si vuol compromettere l’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, non può implicare altro che questo, che — cioè — l’allegazione in modo virtuale di questi fatti avvenga legittimamente mediante la sola istanza di nomina del consulente tecnico.

8. L’istanza di ammissione della c.t.u. quale nucleo del potere di allegazione.

Sull’ultimo numero del *Giusto processo civile* — siedo di fianco a uno dei Direttori — Francesco Campione ha scritto un interessante articolo criticando questa mia posizione, relativa alla forma della domanda di ingresso del consulente tecnico d’ufficio in circostanze del genere qui descritto.

Ha scritto l’Autore che l’onere della parte si riduce all’allegazione, e che un’apposita istanza è chiaramente preferibile, purtuttavia dovendosi evitare il rischio di applicazione sfavorevole dell’onere della prova nei confronti proprio della parte che non può essere co-

stretta alla posizione specifica di un fatto, i cui connotati di consistenza tecnica ignori; e quindi, sostiene F. Campione, non essendoci una prescrizione *ad hoc*, nemmeno è esigibile che quella parte faccia domanda formale di ingresso del consulente tecnico d'ufficio nei termini che ha a sua disposizione, sicché sarebbe sostanzialmente sufficiente la mera allegazione della serie delle condizioni che rendono al contrario inesigibile un'allegazione più puntuale.

Ora, fermo che trattasi di ricostruzione non implausibile e perfettamente rispettabile, mi sembra che abbia bisogno, però, di qualche chiarimento. Anzitutto: la posizione di un fatto, anche del tipo di cui si discute qui, non può mai essere elemento che deriva dal giudice; anche quando il giudice elabora il quesito e, per ipotesi, vi faccia rifluire uno di quei fatti che si presume che la parte non abbia capacità di allegare specificamente e analiticamente, in realtà è più corretto dire non tanto che il giudice *pone* tali fatti, ma (al massimo) che quei fatti il giudice *sup-pone*, nel senso che un'allegazione in senso proprio, che si manifesta attraverso una minima affermazione linguistica compiuta e dotata di segno (esiste o — al contrario — *non* esiste un fatto), il giudice non può mai fare; il giudice può — dunque — supporre un dato fatto, ma non può mai porre (allegare) quel dato fatto.

La posizione di quel dato fatto risale, deve in ultimo risalire *aut* alle parti *aut* al consulente tecnico, ma la sua traccia ombelicale, nel che sta l'assolvimento dell'onere di allegazione, è cosa esclusiva delle parti, il segno della garanzia attualmente ricavabile dall'art. 2697 c.c., e, perciò, deve consistere nel minimo fenomenico nell'istanza di nomina del consulente tecnico.

Quando la consulenza tecnica viene richiesta, e dunque la serie dei fatti secondari originariamente inaccessibili entra nel processo, in realtà la parte che ha fatto istanza assomma su di sé, in un contesto interamente auto-responsabile, non soltanto, in linea di principio, il rischio di accollo dell'integrale anticipazione delle spese — profilo da noi non veramente considerato in maniera seria, ma, per esempio, in Germania investigato fino alle ascendenze costituzionali —, ma anche il rischio peculiare, per la

caratteristica di *medio de prueba bilateral* e in ogni caso concludente che è la consulenza tecnica, di rimanere sconfitta, perché il relativo procedimento è sempre idoneo alla posizione del fatto in senso opposto a quello predicabile dalla parte ma in concreto non predicato per avere, la parte stessa, riassunto il suo onere dell'allegazione nella mera istanza di nomina del consulente tecnico.

9. Modulazione dell'onere di allegazione e sua riduzione estrema all'istanza di ammissione della c.t.u.

Allora, alcune affermazioni giurisprudenziali meritano più attenta considerazione nel tentativo di (ri-)creare un punto di equilibrio praticabile tra (indefettibilità dell') onere di allegazione e (indefettibilità della) consulenza tecnica, più che tra onere della prova e consulenza tecnica, per riconoscere nitidamente un rapporto di proporzionalità inverso: quanto più diminuisce l'onere di allegazione verso la minima unità fattuale, tanto più deve aumentare l'onere di domandare l'ingresso del consulente tecnico; ciò da cui naturalmente si ricava che, all'estremo, l'istante, mentre accolla a sé tutti i costi almeno in via di anticipazione, sopporta pure il massimo rischio di esito concludentemente ostile alla propria posizione. A fronte, invece, della massima unità fattuale esigibile quale allegazione della parte, l'istanza di nomina del consulente tecnico non costituisce più onere indeclinabile, e, piuttosto, deve rimanere, al limite, lo spazio soltanto per l'ulteriore iniziativa dell'ufficio, in tal modo da fare riserva al giudice della (parimenti indeclinabile) funzione di consulenza deducete.

10. Onere di allegazione, dovere acquisitivo, funzione residuale di garanzia dell'art. 2697 c.c.

Con la decisione della Corte di cassazione n. 11564 del 2015, data in causa derivante da accertamenti relativi alla violazione delle regole sulla concorrenza, la Corte ha cassato la sentenza d'appello in quanto responsabile di aver applicato meccanicamente (si direbbe, *troppo* meccanicamente) la regola di giudizio

dell'onere della prova, senza valutare l'opportunità di attivare i poteri istruttori, anche d'ufficio, e mostrando di non cogliere la specifica peculiarità della controversia.

In uno stralcio della motivazione si legge, in buona sostanza, che il giudice è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, anche mediante un'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'obiettivo di una corretta attuazione del diritto della concorrenza; nel caso di specie, osserva la Corte di cassazione, si sarebbe dovuto attivare il potere di indagine attraverso la consulenza tecnica, perché la parte aveva assolto all'onere di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il proprio diritto di godere del beneficio della competizione commerciale (si avvertiva già la modulazione argomentativa ripresa dal più recente *trend* specialmente evidente nella conformazione legislativa di particolari poteri di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*).

In ultimo, il punto di nuovo equilibrio da ricercare non è più, forse, quello che si colloca tra onere della prova e consulenza tecnica, ma tra onere di allegazione e consulenza tecnica, quasi a riproporre in scala la situazione peculiare al processo di annullamento in sede amministrativa, dove si combina l'assolvimento del principio di allegazione col dovere acquisitivo dell'ufficio, allegazione da assolvere fino al punto in cui appaia in giudizio concretamente indisponibile ogni onere ulteriore in capo alla parte sì da legittimare (fino alla doverosità) l'intervento istruttorio *ex officio*. Al riguardo, Andrea Panzarola ha ricostruito l'onere dell'allegazione in termini di concludenza indiziaria verso l'indisponibilità della prova (ulteriore) — non del *factum probandum* — da cui sorge(rebbe) la situazione legittimante l'intervento officioso. In altri termini, la (in-)disponibilità della prova è una situazione processuale che, in termini di allegazione presuntiva,

legittima la surrogazione nell'onere spettante alla parte interessata alla prova del fatto.

Non credo che a tanto sia d'ostacolo la giurisprudenza delle Sezioni unite che si è inaugurata nel 2022 con le cosiddette Sentenze gemelle, là dove, come tutti ricordano, l'unico limite che viene posto è quello di sanzionare, con la nullità rilevabile d'ufficio della relazione *in parte qua*, che il perito abbia indagato su temi estranei all'oggetto della domanda, pervenendo al risultato di stimare la fondatezza della pretesa esercitata dall'attore in base a fatti diversi da quelli allegati dal medesimo, e quindi conservando quel nucleo fondamentale di garanzia dell'onere di allegazione che, adesso, integra l'ultima traccia della funzione impressa al processo dall'art. 2697 c.c.

Per dirla con Giuseppe della Pietra, il giudice non dev'essere Sherlock Holmes né il CTU Watson.

Nota bibliografica.

V. ANSANELLI, *Consulenza tecnica e onere della prova. Alla ricerca dell'equilibrio perduto*, in AA.VV., *L'onere della prova*, a cura di Anelli e Orlandi, Milano, 2024, 74; F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002; ID., *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico*, in *Riv. arb.*, 2015, 757; ID., *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 461; ID., *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico: la Corte profert de thesauro suo nova et vetera*, in *Giur. it.*, 2022, 2136; ID., *Lo stato presente della consulenza tecnica d'ufficio nei giudizi civili*, in AA.VV., *La consulenza tecnica d'ufficio. Funzioni, oggetto, sindacabilità*, a cura di Patti e Poli, Torino, 2024, 3; F. AULETTA - S. RUSCIANO, *Prova giudiziale civile*, Torino, 2025; F. AULETTA - A. SCARPA, *La scelta del Ctu è veramente "cosa del giudice"?*, in *Giust. insieme*, 2009, 93; M. BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 961; A. CABRAL, *Jurisdição sem Decisão: Non Liqueet e Consulta Jurisdicional no Direito Brasileiro*, 3ed., Pituba, 2025; F. CAMPIONE, *Contratti sinallagmatici, inesatto adempimento e onere della prova. Il problema dell'accertamento dell'inesattezza qualitativa della prestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2024, 727; V. CAPASSO, *Tractent fabrilis fabri. Contributo all'affermazione del «diritto al consulente tecnico» nel processo civile*, Torino, 2025; G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 2, 27; B.

CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 981; G. DELLA PIETRA, *E le parti stanno a guardare: le Sezioni Unite e la consulenza tecnica d'ufficio*, in *Dir. proc. civ. it & comp.*, 2023, 714; G. FABBRINI, *Potere del giudice. (dir. proc. civ.)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, XXXIV, 721 ss; A.M. FELICETTI, *L'ordine di esibizione nel prisma dell'armonizzazione europea: riflessioni a margine della modifica all'art. 210 c.p.c.*, in *Processo*, 2024, 327; A. PANZAROLA, *Onere della prova*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di Pesce e Perfetti, Milano, 2024, 159; S. PINI, *Verso un nuovo "statuto" del consulente tecnico d'ufficio?* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 327; M. UBERTONE, *Il giudice e l'esperto. Deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*, Torino, 2022; G. VERDE, *Attualità del principio dell'onere della prova*, in *Processo*, 2024, 625; ID., *Diritto processuale civile*, 1, 7.ma ed., Bologna, 2025.

Onere della prova e libero convincimento del giudice

di ROBERTO POLI

Ringrazio gli organizzatori, soprattutto Roberto Martino. È davvero un piacere essere qui con dei colleghi straordinari e con un maestro come il professor Verde, maestro di tutti noi. Come direbbero i colleghi e amici brasiliani, c'è “allegria” a stare qui con voi, quindi grazie davvero.

Mi occuperò della relazione fra onere della prova e libero convincimento del giudice da un determinato punto di vista. L'articolo 2697 c.c., come a tutti noto, pone due problemi:

- a) La regola del riparto, che intende stabilire come è ripartito fra le parti l'onere della prova.
- b) La regola di giudizio — secondo la quale la parte onerata soccombe sulla questione di fatto del quale non fornisce la prova —, che presuppone questa domanda: quando è assolto l'onere della prova?

Possiamo formulare quest'ultimo quesito anche in un altro modo, ovvero possiamo chiederci quando il giudice può legittimamente portare a fondamento della sua decisione un fatto, giacché lo ritiene (pienamente) provato. E, all'inverso, quando può chiudere il giudizio sulla base della regola dell'onere, o comunque risolvere negativamente la questione di fatto, perché non ritiene raggiunta la (piena) prova di quel medesimo fatto.

Ancora, con maggior approfondimento d'analisi, possiamo chiederci quando si può ritenere legittima la valutazione delle prove e la formazione del libero convincimento in merito alla af-

fermata esistenza o non esistenza della piena prova di un fatto ⁽¹⁾.

Affronterò questo tema, come accennavo, da un certo punto di vista: vorrei andare ad analizzare le regole del giudizio di fatto che devono essere rispettate affinché il giudice possa legittimamente affermare che un fatto è vero, o esiste — vale a dire: è provato — a seconda del modo di concepire l'oggetto del giudizio di fatto (le affermazioni delle parti o un determinato aspetto della realtà empirica). In particolare, visto che oggi abbiamo parlato della regola dell'onere della prova come regola di garanzia, vorrei esaminare le garanzie che l'ordinamento mette a disposizione delle parti sul punto, ed esattamente i poteri delle parti in relazione alla esigenza del rispetto di queste regole.

Prendiamo pertanto le mosse da una rapida osservazione delle regole che devono essere osservate nel giudizio di fatto, le c.d. regole sul metodo del giudizio di fatto:

- a) la prima è ovviamente la regola della lingua italiana: tutti gli atti processuali devono essere redatti nella lingua italiana (art. 122 c.p.c.) ⁽²⁾. Vedremo che questo aspetto, apparentemente banale, tornerà in rilievo di qui a poco;
- b) la regola dell'onere della prova (art. 2967 c.c.) sotto il profilo dell'onere e della distribuzione del riparto;
- c) la regola della disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.): il giudice deve fondare la propria decisione sulle prove offerte dalle parti, salvo che la legge gli consenta, appunto, di riferirsi a prove disponibili d'ufficio;
- d) la regola del prudente apprezzamento (art. 116 c.p.c.), che è probabilmente la più ermetica. Qui il codice ci parla di quali sono i canoni, i criteri che il giudice deve seguire nella valutazione delle prove libere. Si tratta all'evidenza di un aspetto molto delicato, in ordine al quale il legislatore si limita a dire che il giudice valuta dette prove secondo il suo "prudente

⁽¹⁾ Il presente testo mantiene il tono non formale della relazione orale. Per un'ampia disamina dei temi qui trattati, con dettagliati riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, rinvio a R. POLI, *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Torino, 2023.

⁽²⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 2 luglio 2025, n. 17876.

apprezzamento”, che nessuno sa esattamente cosa sia. Nei manuali leggiamo che tale formula significa che il giudice si deve basare sulla logica e sull’esperienza, comune o scientifica. Peraltro, in base a quello che dirò tra poco, a me questa è sempre sembrata una previsione ridondante, nel senso che nel giudizio di fatto, a mio avviso, la logica in sé — poi si tratta di capire, lo vedremo, di quale logica parliamo — non ha un significato autonomo: nel giudizio di fatto contano solo le leggi dell’esperienza; pertanto, dire logica *ed* esperienza appare ridondante (ma su questo punto tornerò tra poco).

- d) La regola della presunzione semplice: l’articolo 2729 c.c. pone al contempo sia i requisiti di ammissibilità, sia i requisiti di legittimità della presunzione semplice, che è ammissibile e legittima solo ove si fondi su fatti noti gravi, precisi e concordanti, come sappiamo;
- e) la regola fondamentale dell’obbligo di motivazione: artt. 132, n. 4 e 118 disp. att. c.p.c. e art. 111 della Costituzione;
- f) la regola dello standard di prova, che è implicitamente racchiusa nel 2967 c.c., in base alla quale affinché il giudice possa dire “questo fatto è provato” è necessario che sia raggiunta una soglia di sufficienza del quadro probatorio, vale a dire che sia stato raggiunto lo standard di prova previsto, eventualmente per implicito, dal legislatore. Oggi, come è noto, la giurisprudenza fa riferimento al criterio del “più probabile che non”, il quale, se non interpretato rigorosamente, si presta ad un’eccessiva discrezionalità. Ma non è questo il tema di oggi, per quanto molto interessante.

Ora, il combinato disposto di queste regole dà luogo ad una regola, diciamo così, riassuntiva che possiamo tradurre nella regola della “valutazione razionale della prova”. Vuoi che si aderisca alla concezione della funzione dimostrativa, vuoi che si aderisca alla concezione della funzione argomentativa della prova — quest’ultima secondo me senz’altro preferibile —, non vi è dubbio che oggi siamo tutti d’accordo sul fatto che la prova debba essere valutata in modo razionale.

In effetti, se da un lato diciamo che il giudice si deve basare sull'esperienza e dall'altro diciamo che deve motivare in ordine a come è arrivato a un certo convincimento in ordine al quadro probatorio e di conseguenza in ordine alla verità di un fatto, vuol dire che egli deve spiegare le ragioni del suo giudizio in un modo intelligibile da tutti coloro che sono interessati alla sentenza; ed è esattamente questo ciò che possiamo chiedere quando noi auspichiamo una concezione razionale della prova. Anche su questo aspetto tornerò tra poco.

Come indicato poc' anzi, qui interessa esaminare i poteri delle parti rispetto a queste regole, e banalmente ricordo che le regole di giudizio possono effettivamente essere definite tali laddove l'ordinamento preveda una reazione, *lato sensu* sanzionatoria, in caso di loro violazione; altrimenti non possiamo parlare di regole giuridiche e dobbiamo parlare di suggerimenti o di indicazioni.

Prima di entrare in *medias res* andiamo a vedere in cosa consiste la valutazione delle prove libere. Questa si concretizza nel c.d. "ragionamento probatorio", che come tutti i ragionamenti — e sottolineiamo che il giudice non ragiona in modo diverso da come ragiona normalmente l'essere umano — è appunto un'argomentazione che muove da alcune premesse per arrivare ad una conclusione sulla base di un rapporto di consequenzialità.

Si tratta di un'argomentazione con la quale il soggetto del ragionamento attribuisce ai dati di partenza — le prove — l'attitudine a fornire elementi di conoscenza sugli aspetti da lui ignorati del fatto incerto e controverso. Abbiamo una premessa minore costituita dalle fonti di prova e una premessa maggiore rappresentata dalla legge di esperienza che ci consente di attribuire la capacità informativa a quegli elementi di prova e ci permette di arrivare ad una determinata conclusione per il nesso di consequenzialità tra premesse e conclusione.

A ben vedere si tratta in sintesi di sussumere dati fattuali particolari in una regola o legge fattuale generale, secondo lo schema sillogistico che — a prescindere da tutte le osservazioni critiche che si possono fare nei confronti di detto schema — può essere

usato a fini descrittivi per rappresentare il ragionamento probatorio, appunto nella forma del sillogismo probatorio o statistico.

Come già accennato, abbiamo la premessa maggiore, la quale ci dice che, se sussiste una determinata traccia, un segno, una prova, allora possiamo affermare l'esistenza di un determinato fatto ignoto e controverso. Se nel caso di specie sussiste questa prova — che può essere data anche dall'insieme degli elementi x_1, x_2, x_3 , ossia dei singoli, specifici elementi di prova a disposizione —, la conclusione non è altro che il risultato della sussunzione della premessa minore nella premessa maggiore, la quale corrisponde all'affermazione “è provato il fatto incerto e controverso” ⁽³⁾.

Vediamo ora nel dettaglio in cosa consiste la valutazione delle prove libere. Ed andiamo ad esaminare tre profili: *a)* le fasi logico-cognitive della valutazione delle prove; *b)* la dimensione razionale della valutazione delle prove; *c)* il tipo di logica che caratterizza il discorso del giudice nella esposizione o meglio nella ricostruzione del fatto controverso.

Le fasi logico-cognitive: anzitutto abbiamo la percezione del segno, della traccia, della fonte di prova; percezione che, a parte quella oggettuale che qui non interessa, può definirsi “semplice”, e consiste nel fatto che io mi accorgo che c'è qualcosa sotto i miei sensi, benché non sappia ancora di che si tratta.

Successivamente abbiamo la fase di interpretazione del segno con funzione probatoria: dapprima vedo qualcosa che ancora non capisco cosa sia (percezione semplice), poi, interpretandola, ne ricostruisco il significato obiettivo. Ad esempio, vedo una macchia nera sul soffitto, e valuto che molto probabilmente è dovuta ad una infiltrazione; in questo modo passo alla c.d. “percezione proposizionale”, perché posso tradurre la mia percezione in una

⁽³⁾ L'esempio più semplice che possiamo fare è il seguente: il fatto incerto è se l'imputato è stato o meno nel luogo *y*. Nel luogo *y* si trovano le impronte digitali o tracce del DNA dell'imputato e, in base agli elementi di base informativi che ho a disposizione e alla legge generale che conosco posso sussumere i primi nei secondi e posso trarre la conclusione che l'imputato è stato nel luogo *y* ove è stato commesso il delitto.

proposizione munita di senso e di significato, come tale intellegibile e comunicabile ad altri.

Segue la valutazione in senso stretto, la quale consiste nell'attribuzione di valore informativo a quella traccia, a quel segno, a quella fonte di prova, in ordine alla esistenza o al modo di essere del fatto ignoto.

Naturalmente, le fasi logico-cognitive non sono così chiaramente distinte nella mente, anzi esse avvengono in rapidissima successione attraverso passaggi cognitivi che si influenzano reciprocamente.

La valutazione in senso stretto consiste quindi nella:

- a) assegnazione del valore probatorio al segno: attribuisco la capacità informativa, un certo ammontare di informazioni in ordine al fatto ignoto che devo conoscere.
- b) individuazione della regola di connessione tra premesse e conclusione, ossia la massima di esperienza, di senso comune o scientifica, la c.d. legge ponte tra fonte di prova e conclusione probatoria.
- c) assegnazione della forza del nesso di consequenzialità tra premesse e conclusione: date queste prove e con questa legge ponte posso concludere che al 90% di probabilità si è verificato questo fatto oppure, a seconda della capacità informativa delle prove, al 70% o all'80%. È importante sottolineare che il dato numerico è utilizzato solo a fini indicativi per intendersi approssimativamente sull'ordine di grandezza espresso, senza alcuna pretesa di poter predicare una misura esatta della probabilità di esistenza del fatto ignoto ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Ho già accennato al fatto che il giudice non ragiona diversamente da come faremmo noi. Immaginiamo che per il tipo di impegno che ho stasera ho interesse a conoscere il meteo. Per esempio, è prevista una partita di tennis, che non potrà svolgersi in caso di pioggia; di conseguenza, mi devo informare sulle condizioni del meteo. Come faccio? Vado a vedere le fonti di prova a mia disposizione. La prima cosa che tutti noi facciamo è andare a vedere il meteo su Google. Può darsi che indichi una nuvola con dei fulmini. Poi facciamo altri ragionamenti che si basano sui dati di cui disponiamo. Siamo a novembre, periodo in cui normalmente piove. Il cielo oggi è molto nuvoloso. Chiamo qualcuno che abita vicino al campo da tennis e chiedo di dirmi le condizioni che ci sono da quelle parti. Sta piovendo

d) presa di decisione e fissazione dei criteri di scelta nella motivazione.

Questa parte del ragionamento probatorio, vale a dire la fissazione dei criteri di scelta nella motivazione, rientra nella presa di decisione, appartiene ancora alla fase decisoria. Mi riferisco alla nota contrapposizione fra contesto di decisione, o di scoperta, e contesto di giustificazione, che per alcuni sarebbero decisamente separabili. A mio avviso non è così, perché quando prendiamo una decisione, qualunque essa sia, finché non fissiamo i criteri della nostra scelta, quindi le ragioni nella motivazione, queste ragioni nella nostra mente appaiono ancora fluide, opache, vaghe. Si definiscono e si cristallizzano solo nel momento in cui le scriviamo o comunque le esprimiamo in una forma che esce fuori dalla nostra mente: solo in quel momento la decisione è presa, definita, fissata, perfezionata. Questo non esclude che già il giorno dopo io possa cambiare quelle ragioni e quella decisione, ma in questo caso avremo un'altra decisione presa in base a diversi fattori o a una diversa valutazione dei medesimi fattori.

Definite le fasi logico-cognitive, vediamo ora la dimensione razionale del ragionamento probatorio. Questo a mio parere è un discorso veramente centrale. Noi sentiamo parlare in continuazione di valutazione razionale della prova. Il discorso del giudice che deve essere razionale. Pensiamo, con riguardo al giudizio di cassazione, al tema della irrazionalità (o illogicità) della motivazione come motivo di ricorso in Cassazione.

Vedremo di qui a poco come anche la giurisprudenza più restrittiva, oggi, sulla possibilità di sindacare la motivazione in Cassazione, lasci uno spazio per censurare la motivazione non razionale. Ma che cosa si intende per motivazione razionale e

o non piove sul campo? Dopodiché prendo tutti gli elementi di cui dispongo, vi applico le massime di esperienza e gli attribuisco un certo valore di probabilità. Per esempio: se i diversi siti meteo mi dicono tutti la stessa cosa (pioggia), io sarò sicuro al 90 - 95% che ci sarà pioggia, ma se le indicazioni dei siti sono discordanti, e così gli altri elementi che ho acquisito, allora non potrò disporre di elementi di prova sufficientemente concordanti per formarmi un adeguato convincimento in ordine al fatto ignoto.

motivazione non razionale? Quali sono i criteri che determinano, costituiscono una motivazione razionale?

A mio avviso possiamo definire la motivazione razionale quando il discorso del giudice sul fatto è:

- a) Linguisticamente corretto — ecco che torniamo all'art. 122 del codice di procedura civile — anche dal punto di vista sintattico e semantico, altrimenti non si comprende l'iter logico seguito dal giudice e la motivazione non è idonea al suo scopo. Di certo non potremmo definire razionale una motivazione che non soddisfa questi criteri.
- b) Completo, nel senso che il giudizio deve tenere conto di tutti gli elementi di prova rilevanti offerti dalle parti. Altrimenti, in base al tipo di ragionamento che utilizza il giudice — che è quello tipicamente induttivo, come vedremo a breve — è evidente che, se egli non tenesse conto di tutti gli elementi offerti dalle parti, giungerebbe ad una conclusione non corrispondente alla porzione di realtà allegata nel processo.
- c) Rappresentativo, nel senso che il giudice, nel momento in cui valuta la prova — e soprattutto nella fase della c.d. percezione proposizionale, ove egli interpreta il segno e ne ricostruisce il significato obiettivo — non la può travisare. Questo è il tema del travisamento della prova che sicuramente i penalisti conoscono bene da molto tempo, ma che oggi è noto pure ai processualcivili e sul quale sono intervenute di recente anche le Sezioni Unite ⁽⁵⁾. Quindi, la prova non può essere travisata altrimenti la conclusione del giudice non sarà corretta da un punto di vista epistemologico, con conseguente illegittimità della decisione.
- d) Attendibile, nel senso che il giudice deve basare la sua decisione su prove di cui abbia verificato l'attendibilità.
- e) Plausibile. Questo è il vero punto centrale del ragionamento probatorio. Il ragionamento, e la motivazione in cui quello si esprime, per essere razionali devono essere plausibili. Quando possiamo dire che il discorso del giudice è plausibile? Questo

(⁵) Cass., Sez. Un., 5 marzo 2024, n. 5792.

è plausibile quando le premesse poste sono in grado di sorreggere quella conclusione, in base alle leggi di esperienza, comune o scientifica (ecco perché la logica, da sola, non può dire nulla al riguardo). Quindi il discorso del giudice è plausibile quando le leggi dell'esperienza, comune e scientifica, vale a dire le leggi di funzionamento del mondo, giustificano quella conclusione. Ma chi lo stabilisce, chi ha l'ultima parola per affermare se tale discorso è plausibile o no? Vedremo tra poco chi lo stabilisce e in che limite lo può stabilire.

- f) Coerente, in base al principio di non contraddizione.
- g) Congruo, ossia quando le premesse parziali e totali sono in grado di sorreggere le conclusioni parziali e totali.

Il terzo aspetto del ragionamento probatorio che dobbiamo definire riguarda la natura della logica che struttura il discorso del giudice. Non so se con riguardo alla motivazione dei giudici si parla più di logica o di razionalità, ma di certo il primo è un altro termine abusato, nel senso che si utilizza tantissimo senza che ne sia stato chiarito il significato. Ricordiamo in proposito anche l'art. 606 lettera e) del codice di procedura penale in base al quale è censurabile la motivazione manifestamente illogica, e d'altro canto tutta la vita della Cassazione corre su questo crinale: legittimità/merito/logicità/fatto. Basti pensare al celeberrimo libro di Guido Calogero "La logica del giudice del suo controllo in Cassazione" del 1937, e quindi ad un problema che si poneva già sotto il codice del '65. E allora, di che parliamo quando parliamo di logica del giudice? Qual è la logica che caratterizza il discorso del giudice, visto che di tipi di logica ce ne possono essere moltissimi? Parlare di logica in sé non significa niente: "logica" significa teoria del discorso. Noi dobbiamo capire qual è la logica che caratterizza il discorso del giudice.

Queste, a mio avviso, le caratteristiche della logica del giudice:

- È una logica non deduttiva (la quale è caratterizzata dal nesso di consequenzialità certo, ma da premesse non necessariamente certe e quindi da conclusioni non necessariamente certe) e non

dimostrativa (la quale è caratterizzata premesse certe, nesso di consequenzialità certo e conclusioni altrettanto certe), salvo casi eccezionali, salvo cioè quando il giudice utilizza la matematica. La logica dimostrativa è solo quella delle scienze formali esatte, quindi la matematica. Ogni tanto anche il giudice fa dei calcoli aritmetici e quindi in quel caso usa una logica dimostrativa.

- È una logica empirica, perché muove da fatti del mondo, quelle che Ferrajoli chiamava “le tracce di passatità”, per arrivare ad avere convincimenti in ordine ad altri fatti del mondo attraverso le leggi del mondo, le leggi dell’esperienza. Quindi si tratta di una logica altresì materiale: le leggi di connessione hanno una natura concreta. Quella che Calogero chiamava la “logica delle cose”, e per questo è stato criticato di poca chiarezza, ma ingiustamente, anche da Francesco Mauro Iacoviello, per quanto, secondo me, le loro posizioni sostanziali sono molto vicine. La logica delle cose non è qualcosa che non si capisce: è la logica delle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo; semplicemente, non è una logica proposizionale, non è una logica formale, ma una logica empirica, materiale, che si fonda sull’esperienza, comune o tecnico-scientifica.
- Induttiva, nel senso moderno non classico dell’induzione, vale a dire che muove da premesse probabili e arriva a conclusioni solo probabili.
- Ed ancora, la logica del giudice è una logica abduttiva, soprattutto nel processo penale, perché il giudice muove dagli effetti per risalire alle cause.
- È una logica argomentativa, ossia si basa su “buone ragioni”, buone argomentazioni, che sono tali laddove rispettose delle leggi di funzionamento del mondo, e non di leggi formali. E vedremo a breve chi stabilisce quali sono le buone ragioni.
- È una logica dialettico-retorica, perché è aperta alla discussione e si forma nel corso di tutto il processo (sin dagli atti introduttivi, nel contraddittorio tra le parti ed anche con il giudice, negli scritti finali e fino alla sentenza).

- È una logica opinativa, perché include inevitabilmente scelte di valore informativo. Come è noto, lo stesso indizio per un giudice può essere grave, per un altro non grave.

In sintesi, è la logica delle leggi fattuali che ho chiamato “leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo”: si tratta di generalizzazioni empiriche fondate sulle esperienze di natura fisico-chimica-biologica, oppure comportamentali (psicologiche, economiche, ecc.).

E veniamo ora a verificare se e fino a che punto possiamo parlare di regole giuridiche. Quali sono i sistemi di reazione dell’ordinamento in caso di violazione di queste regole?

È chiaro che questi sistemi di reazione non possono che allignare nei mezzi di impugnazione. Se vi sono dei mezzi di impugnazione per contestare il mancato rispetto di queste regole, il cui accoglimento comporta la caducazione del ragionamento probatorio viziato, allora possiamo dire che si tratta di regole giuridiche, altrimenti possono rappresentare indicazioni, suggerimenti.

Mi sia consentita una parentesi banale: sappiamo tutti che il giudizio si controlla attraverso la motivazione. Quanto più posso controllare la motivazione, tanto più posso controllare il giudizio di fatto. Quindi, tanto più restringo le possibilità di censurare la motivazione in fatto, tanto più lascio spazi di discrezionalità al giudice non controllabili. Ossia se si consente, ricorrendo ad un esempio per semplificare, che non sia sindacabile la mancanza di uno dei criteri di razionalità che abbiamo visto prima, vuol dire che io consento che la motivazione possa essere legittima per quanto *in parte qua* irrazionale. Finisco, per così dire, per legittimare una forma di irrazionalità se non consento di criticare tutti i possibili aspetti che contribuiscono a determinare una motivazione razionale.

Fatta questa premessa, sappiamo che la riforma del 2012 ha inciso in senso restrittivo sulla portata dei motivi di ricorso per Cassazione. La differenza che ne è derivata rispetto al sistema previgente è relevantissima, almeno guardando il testo di legge. Infatti, un conto è poter sindacare la motivazione, il giudizio di fatto, ad esempio, solo se il giudice non ha proprio preso in esame

un documento decisivo (ad es., una cartella clinica); altro è poter altresì sindacare, pur ove quel documento sia stato preso in esame, il modo in cui esso è stato valutato dal giudice, vale a dire la capacità informativa ad esso attribuita in sede di decisione.

Oggi tale restrizione sembrerebbe confermata dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite nn. 8053 e 8054 del 2014, le quali espressamente hanno detto che dall'ambito del controllo è espunta la possibilità di censurare la motivazione insufficiente. La motivazione insufficiente in senso tecnico è proprio la motivazione implausibile di cui abbiamo parlato prima, ossia quella motivazione che, date certe premesse, non è in grado di sorreggere, di giustificare plausibilmente la decisione presa.

Ora, in proposito, noi assistiamo a questo fenomeno: quando vediamo le affermazioni di principio della Suprema Corte sembra che sostanzialmente davvero non si possa censurare nulla in punto di razionalità o logicità del giudizio di fatto, in punto di plausibilità delle ragioni e di razionalità della motivazione. Se invece andiamo a vedere nel dettaglio ci rendiamo conto che, sia pur sporadicamente, sembra consentito il sindacato su ciascuno degli aspetti che abbiamo visto caratterizzare la motivazione razionale e la motivazione plausibile, logica.

Prendiamo le mosse dalle affermazioni di carattere generale.

Consideriamo, in particolare, questa sentenza, la pronuncia di Cass. 2 febbraio 2022, n. 3119, perché è presente nella sua motivazione quello che potremmo definire lo statuto della incensurabilità della motivazione. Vi sono una serie di affermazioni per le quali nessun aspetto della valutazione della prova libera potrebbe essere oggetto di censura in Cassazione, da nessun punto di vista. Vediamo nel dettaglio:

- a) La valutazione delle prove raccolte, anche se si tratta di presunzioni, e il giudizio sull'attendibilità dei testi, costituiscono attività riservate in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, insindacabile in Cassazione, se non per omesso esame di un fatto decisivo, principale o secondario *ex art. 360, n. 5, c.p.c.*;

- b) La scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice di merito, il quale è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove che ritenga più attendibili, senza essere tenuto ad un'esplicita confutazione degli altri elementi probatori non accolti, anche se allegati dalle parti;
- c) Il compito della Corte non è quello di condividere o non condividere la ricostruzione dei fatti contenuta nella decisione impugnata né quello di procedere ad una rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, al fine di sovrapporre la propria valutazione delle prove a quella compiuta dal giudice di merito, anche se il ricorrente prospetta un migliore e più appagante (ma pur sempre soggettivo) coordinamento dei dati fattuali acquisiti in giudizio, dovendo, invece, solo controllare, a norma dell'art. 132, n. 4, e dell'art. 360 c.p.c., n. 4, se costoro abbiano dato effettivamente conto delle ragioni in fatto della loro decisione e se la motivazione al riguardo fornita sia solo apparente ovvero perplessa o contraddittoria (ma non più se sia sufficiente), e cioè, in definitiva, se il loro ragionamento probatorio, qual è reso manifesto nella motivazione del provvedimento impugnato, si sia mantenuto, com'è in effetti accaduto nel caso in esame, nei limiti del ragionevole e del plausibile;
- d) La violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c. si configura solo nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era gravata in applicazione di detta norma: non anche quando, come invece pretende il ricorrente, la censura abbia avuto ad oggetto la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti, lì dove ha ritenuto (in ipotesi erroneamente) assolto (o non assolto) tale onere ad opera della parte che ne era gravata in forza della predetta norma, che è sindacabile, in sede di legittimità, entro i ristretti limiti previsti dall'art. 360 c.p.c., n. 5;
- e) L'apprezzamento delle prove svolta dalla corte d'appello si

sottrae alle censure svolte dal ricorrente anche sotto il profilo della violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., deducibile in cassazione, a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 4, solo se ed in quanto si allegghi, rispettivamente, che il giudice non abbia posto a fondamento della decisione le prove dedotte dalle parti, cioè abbia giudicato in contraddizione con la prescrizione della norma, o contraddicendola espressamente, e cioè dichiarando di non doverla osservare, o contraddicendola implicitamente, e cioè giudicando sulla base di prove non introdotte dalle parti e disposte invece di sua iniziativa al di fuori dei casi in cui gli sia riconosciuto un potere officioso di disposizione del mezzo probatorio, ovvero che il giudice, nel valutare una prova ovvero una risultanza probatoria, o non abbia operato, pur in assenza di una diversa indicazione normativa, secondo il suo "prudente apprezzamento", pretendendo di attribuirle un altro e diverso valore, oppure il valore che il legislatore attribuisce ad una differente risultanza probatoria (come, ad esempio, valore di prova legale), o che abbia dichiarato di valutare la stessa secondo il suo prudente apprezzamento laddove la prova era soggetta ad una specifica regola di valutazione: resta, dunque, fermo che tali violazioni non possono essere ravvisate, come invece il ricorrente pretende, nella mera circostanza che il giudice abbia valutato le prove proposte dalle parti attribuendo maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre.

Tuttavia, se invece andiamo a vedere con più attenzione la giurisprudenza di legittimità, troviamo la possibilità di sindacare qualunque aspetto rilevante della motivazione e quindi, in base a quanto abbiamo dianzi osservato, del giudizio di fatto. Anzitutto, vediamo con riguardo sia alle fasi logico-cognitive sia ai punti che rendono la motivazione razionale.

- a) Gli errori nell'attività di percezione dei segni o dei fatti con funzione probatoria, laddove cadano su un fatto non controverso, come sappiamo, consentono la revocazione della sentenza ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c.

- b) Abbiamo visto che la motivazione per essere razionale deve essere completa, vale a dire deve considerare tutti gli elementi di prova rilevanti per la decisione; ove non fosse completa, si determina l'omesso esame di un fatto decisivo, denunciabile ai sensi del nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.
- c) Un grande problema pongono invece gli errori di percezione e di interpretazione dei segni — in relazione alla c.d. percezione proposizionale — miranti alla ricostruzione del loro significato obiettivo. Es: quella lastra presenta una macchia nera. Cos'è quella macchia nera? È sporca la lastra o è una lesione tumorale? Prima di attribuire il valore probatorio in senso stretto, è necessario ricostruirne il significato obbiettivo. Si tratta di un momento, dal punto di vista cognitivo, logicamente distinto della valutazione in senso stretto vera e propria.

Come molti di voi sapranno, da circa tre lustri e fino a poco fa, del tutto sorprendentemente la Suprema Corte, in particolare la terza sezione, consentiva il sindacato in Cassazione del travisamento della prova quando vertente su un fatto controverso. Ovviamente tutti gli avvocati — venuta meno la possibilità di sindacare la motivazione insufficiente — hanno provato a riaprire il giudizio di fatto censurando il travisamento della prova, con la conseguenza che non si è avuta quella diminuzione di ricorsi auspicata dal legislatore del 2012 e dalla stessa Corte. La questione è andata dalle Sezioni Unite, le quali hanno in linea di principio negato la possibilità di censurare il travisamento della prova, perché a loro avviso non è possibile la verifica dell'errore di percezione ove il fatto sia oggetto di controversia tra le parti (unitamente ad altri argomenti). Se il fatto è controverso ed il giudice prende posizione vuol dire che lo fa a seguito di una valutazione; quindi, se c'è valutazione c'è anche giudizio, e non mero errore di percezione. E l'errore di giudizio è sindacabile nei ristretti termini del vizio di motivazione, per come delimitato dalle sentenze gemelle del 2014. Nell'ultima parte della motivazione le Sezioni Unite sembrano lasciare una apertura con riguardo ai

casi eccezionali nei quali si potrebbe verificare questo tipo di travisamento, ed affermano che, a seconda che il fatto probatorio travisato sia di natura processuale o sostanziale, è proponibile il ricorso per Cassazione ai sensi rispettivamente del n. 4 o del n. 5 del 360 c.p.c. ⁽⁶⁾

Ma veniamo alla valutazione della prova in senso stretto, che è quella che più ci interessa. Andiamo a vedere anzitutto cosa hanno detto le sentenze gemelle delle Sezioni Unite n. 8053 e 8054/2014. Leggendo attentamente la motivazione, emerge che loro stesse affermano che oggetto del controllo in sede di legittimità è la “plausibilità del percorso che lega la verosimiglianza delle premesse alla probabilità delle conseguenze”. Si tratta di un’affermazione di fondamentale importanza per la censurabilità del vizio di motivazione innanzi alla Suprema Corte.

Affermano ancora le stesse sentenze che è ammissibile il sindacato per violazione di legge “quando il giudice abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza”. Questo vuol dire che è possibile sindacare la gravità della fonte di prova; ma se questo vale per la presunzione semplice, ossia per i fatti noti fonti di prova a base della presunzione semplice, logicamente non può non valere per qualunque mezzo di prova. Quindi anche per questa via si consente un adeguato sindacato della valutazione delle prove.

Abbiamo inoltre la fondamentale pronuncia di Cass., 5 luglio 2017, n. 16502 estensore il Pres. De Stefano, che sostanzialmente si riannoda al fondamentale passaggio contenuto nelle sentenze gemelle e dianzi richiamato, lo espande e afferma che il controllo

⁽⁶⁾ Cass., Sez. Un., 5 marzo 2024, n. 5792: “Il travisamento del contenuto oggettivo della prova, il quale ricorre in caso di svista concernente il fatto probatorio in sé, e non di verifica logica della riconducibilità dell’informazione probatoria al fatto probatorio, trova il suo istituzionale rimedio nell’impugnazione per revocazione per errore di fatto, in concorso dei presupposti richiesti dall’articolo 395, n. 4, c.p.c., mentre, ove il fatto probatorio abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare, e cioè se il travisamento rifletta la lettura del fatto probatorio prospettata da una delle parti, il vizio va fatto valere, in concorso dei presupposti di legge, ai sensi dell’articolo 360, nn. 4 e 5, c.p.c., a seconda si tratti di fatto processuale o sostanziale”.

deve sussistere “quanto alla verifica della correttezza del percorso logico tra premessa-massima di esperienza-conseguenza, cioè di esattezza della massima di esperienza poi applicata come pure la verifica della congruità — o accettabilità o plausibilità o, in senso lato, verità — della premessa in sé considerata”. Anche in questo caso si tratta di affermazioni fondamentali.

Per completezza, va qui ricordata anche la pronuncia di Cass. 18 settembre 2024, n. 25123, per la quale, “il provvedimento reso sulle richieste istruttorie è censurabile con ricorso per cassazione per violazione del diritto alla prova, ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. allorché il giudice di merito rilevi preclusioni o decadenze insussistenti, ovvero affermi l’ inammissibilità del mezzo di prova per motivi che prescindano da una valutazione della sua rilevanza in rapporto al tema controverso ed al compendio delle altre prove richieste o già acquisite, nonché per vizio di motivazione in ordine all’attitudine dimostrativa di circostanze rilevanti ai fini della decisione, con la conseguenza che è inammissibile il ricorso che non illustri la decisività del mezzo di prova di cui si lamenta la mancata ammissione”.

In conclusione: cos’è questo vizio logico della motivazione di cui si parla da sempre?

“Logicità” in senso ampio vuol dire rispetto dei canoni del discorso razionale che abbiamo visto *retro*.

“Logicità” in senso stretto è la plausibilità del ragionamento, vale a dire il rispetto delle leggi di funzionamento del mondo. A mio avviso non c’è spazio per una logica in sé che non sia “la logica delle cose” nel senso inteso da Calogero e che ho cercato di spiegare.

Se tutto questo è vero, allora la Corte di cassazione non è, contrariamente a quanto ancora oggi prevalentemente si afferma, solo il giudice della nomofilachia inteso come giudice finale della corretta applicazione delle leggi giuridiche, ma è anche il giudice finale che valuta la plausibilità e quindi le “buone ragioni” del giudizio di fatto. Questo vuol dire che la Corte di cassazione è anche il giudice ultimo delle leggi fattuali di strutturazione, or-

ganizzazione e funzionamento del mondo, ciò che oggi sembra innegabile. Basti pensare, in proposito, alla vicenda della sindrome da alienazione parentale: la Suprema Corte ha l'ultima parola per dire se è o no una buona legge di funzionamento del mondo (7); e così d'altro canto fa in tutti i casi in cui deve esaminare la fondatezza di una massima di esperienza, comune o scientifica, adottata dal giudice della sentenza impugnata, e stabilire, quale ultima e più autorevole voce, da un lato, se essa sia plausibile o non sia plausibile, dall'altro, nel primo caso, se essa sia stata correttamente applicata ne caso concreto.

Questa è la conclusione che mi sembra di dover sostenere, benché dissonante dal comune sentire. Molti troveranno “scabrose” queste osservazioni, soprattutto chi deve badare all'arretrato della Corte di cassazione. A me però pare che questo qui descritto sia il sistema oggi vigente; di certo è un sistema coerente e garantista, perché ben armonizza lo *ius constitutionis* con lo *ius litigatoris*.

(7) Cass. 24 marzo 2022, n. 9691.

Conclusioni

di GIUSEPPE TRISORIO LIUZZI

Siamo arrivati alla fine di questa prima sessione dedicata all'onere della prova nel processo civile. Mi è stato chiesto di formulare le conclusioni, compito estremamente arduo considerando le relazioni che sono state tenute, relazioni particolarmente dense come abbiamo sentito.

Volevo svolgere alcune riflessioni ad alta voce su quanto è stato esposto e soprattutto sul ruolo dell'art. 2697 c.c., di questa regola di civiltà giuridica, come ha detto Rosaria Giordano.

Partirei però da un punto diverso, che è stato evidenziato nella sua relazione da Ferruccio Auletta, e cioè il principio della allegazione dei fatti, che per me è la premessa di tutto. Nel processo civile vi è un monopolio assoluto per quanto riguarda i fatti — i fatti, diceva il professor Verde, intesi come accadimento introdotto nel processo — che possono essere appunto introdotti solamente dalle parti. E, ha precisato Ferruccio Auletta, questo vale anche per i fatti notori: il fatto notorio perché possa essere valutato da parte del giudice deve comunque essere dedotto nel processo da una delle parti. Quindi, il principio dell'allegazione dei fatti riservato alle parti in causa è, per me, un principio assoluto.

Diverso è il discorso per quel che concerne il principio dell'onere della prova e soprattutto per quel che riguarda la ripartizione operata dall'articolo 2697 c.c., norma di garanzia, come ha evidenziato il professor Verde, perché il giudice si deve attenere a quanto, appunto, è stato provato dalle parti in relazione ai fatti dedotti.

Ebbene, il principio dell'onere della prova, per cui l'attore deve provare i fatti costitutivi, il convenuto deve provare i fatti

impeditivi, estintivi, modificativi e sulla base di questo, il giudice decide, in realtà è una regola non assoluta, perché è una regola che nel tempo ha trovato, da parte della giurisprudenza, tutta una serie di precisazioni o comunque di adattamenti.

Ha ricordato il professor Verde che l'onere della prova va ricondotto a criteri di ragionevolezza ed ha richiamato la giurisprudenza delle Sezioni Unite; ma anche il criterio del più probabile che non è, ha ricordato Rosaria Giordano, il principio di vicinanza della prova sono tutte letture che la giurisprudenza ha proposto anche di recente per rendere meno rigoroso il principio fissato nell'articolo 2697 c.c.

Ma a ben vedere è questo un principio che è stato temperato anche dal legislatore; basti pensare alle controversie di lavoro nelle quali in realtà il giudice può ammettere di ufficio delle prove come dispone l'art. 421 c.p.c.

Ci chiediamo perché questo temperamento?

Perché si pone un problema di accertamento della verità, di ricerca della verità, che forse è il punto essenziale nell'ambito di un processo civile. Probabilmente tutta questa situazione è determinata anche dalla struttura del nostro processo estremamente rigorosa, in base alla quale le prove vanno indicate subito ed anche i documenti vanno prodotti all'inizio. Seguono le memorie, solo quelle, e poi vi è la decisione.

Allora la ricerca della verità finisce, probabilmente, per scontrarsi con un sistema di preclusioni rigide, qual è quello attuale.

Recentemente mi sono occupato della fase giurisdizionale in tema di protezione internazionale ed ho verificato che il legislatore con il decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 ha disciplinato un procedimento camerale nel quale vige il potere-dovere di cooperazione istruttoria officiosa, nel senso che il giudice specializzato svolge un ruolo attivo dell'istruzione della domanda e nella ricerca della verità, rispetto al richiedente asilo che deve comunque dedurre i fatti (art. 3) È sempre un principio assoluto quello della allegazione dei fatti ad opera del richiedente asilo, il quale però potrebbe non essere nelle condizioni di fornire la pro-

va piena di quei fatti che lui deduce. Allora il legislatore, prima dei decreti sicurezza di Conte-Salvini, ha previsto che il giudice possa andare alla ricerca della verità e capire se effettivamente, anche dalle risposte date dal richiedente asilo, i fatti allegati siano verosimili (in questo senso è anche il d.lgs. n. 25 del 2008). Non vi è la prova piena dei fatti allegati, ma il giudice può arrivare comunque ad accogliere la domanda. Perché? Perché l'obiettivo è l'accertamento della verità.

D'altra parte, ci insegna il Maestro prof. Verde che l'onere della prova è un problema che attiene alla sostanza del rapporto e va regolato sulla base della disciplina sostanziale che ad esso si ritenga di applicare. Dobbiamo allora adattare il principio dell'onere della prova al rapporto sostanziale che viene dedotto in giudizio.

Quindi, per rimanere al caso che ho fatto, nelle controversie in materia di protezione internazionale assistiamo ad un atteggiamento non rigoroso da parte del legislatore del 2007 e del 2008, perché vi è una parte debole, vi è un soggetto che non è nelle condizioni, probabilmente in quel momento, di poter fornire la prova piena di quello che afferma.

Analogamente nelle controversie di lavoro vi è una parte debole, il lavoratore, e il legislatore riconosce al giudice il potere di ammettere di ufficio le prove anche oltre i limiti fissati dal codice civile.

Legislatore e giurisprudenza, quindi, tendono alla ricerca della verità effettiva più che a quella meramente formale.

Quindi, direi che, da un lato, vi è il principio assoluto della allegazione dei fatti riservato alle parti, e, dall'altro, assistiamo ad un alleggerimento del rigore della regola dell'onere della prova fissata nell'art. 2697 c.c., al fine di pervenire alla verità effettiva.

Come Presidente – Segretario dichiaro chiusa la prima sessione. Il convegno è aggiornato a oggi pomeriggio alle 15.00. Arrivederci e buona giornata.

SECONDA SESSIONE – L’ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO PENALE

Onere della prova e presunzione di colpevolezza

di OLIVIERO MAZZA

Nella dimensione giurisprudenziale del diritto penale sostanziale si verifica un fenomeno a dir poco singolare: il pubblico ministero risulta esonerato dall’onere della prova di alcuni elementi costitutivi della fattispecie di reato.

Proprio in forza di questa considerazione, ho suggerito di intitolare la mia relazione in modo apparentemente provocatorio, ma nei fatti molto più aderente alla realtà: l’onere della prova e la presunzione di colpevolezza.

Quando segmenti rilevanti della fattispecie sono sottratti alla dinamica probatoria, scomparendo dai temi di prova, la conseguenza non può che essere una presunzione di colpevolezza che rende superfluo il loro accertamento e, per conseguenza, alleggerisce non di poco i carichi probatori dell’organo dell’accusa.

Nel tempo si sono sviluppate categorie penalistiche che mi piace definire “improbabili”, attribuendo all’aggettivo il significato, forse improprio, di essere refrattarie alla dimostrazione probatoria. Ciò ha determinato una supplezza del processo rispetto al penale sostanziale, lasciando che elementi rilevanti del fatto tipico venissero dimostrati con presunzioni, nemmeno espressamente dichiarate.

Elementi che, a stretto rigore, in quanto costitutivi del reato, dovrebbero rappresentare altrettanti rigorosi temi di prova per

chi sostiene l'accusa. Temi di prova per di più obbligatori, essendo la loro posizione e la loro dimostrazione il portato necessario dell'obbligatorietà dell'azione penale.

A dispetto dei principi costituzionali, nella dinamica applicativa questi oggetti di prova sono coperti da presunzioni e non vengono quasi mai affrontati dal pubblico ministero.

La trasfigurazione processuale delle categorie sostanziali è un fenomeno forse poco indagato, negletto soprattutto da parte dei sostanzialisti che non si pongono normalmente il problema di come vengano concretamente dimostrati gli elementi costitutivi della fattispecie, mentre i processualisti sono molto più interessati alla perimetrazione dei temi di prova. Non stiamo parlando di aspetti, per così dire, circostanziali o comunque ai margini della fattispecie incriminatrice. Le presunzioni atipiche investono, infatti, elementi imprescindibili per l'integrazione del reato, come l'elemento soggettivo.

Il dolo, il dolo *in re ipsa*, il dolo eventuale, il discrimine fra dolo e colpa, sono tutti temi tanto centrali per la dogmatica penalistica quanto trascurati sul versante probatorio processuale.

Potremmo citare anche altri concetti penalistici che, però, oggi non abbiamo il tempo di analizzare, ad esempio, il medesimo disegno criminoso che sta alla base del dell'istituto della continuazione.

Non voglio sembrare troppo condizionato da un approccio prasseologico, ma chiunque abbia presentato un'istanza, magari in fase esecutiva, di riconoscimento della continuazione, studia attentamente la giurisprudenza di legittimità, alla ricerca di qualche principio, e poi finisce semplicemente per affidarsi alla libera discrezionalità del giudice. Quante volte è capitato di vedere accolte richieste di continuazione assolutamente insperate, mentre solide continuazioni, rispondenti ai criteri elaborati dalla Cassazione, vengono rigettate sulla base di parametri inediti e, spesso, nemmeno indicati in motivazione?

Il problema è che vi sono categorie sostanziali che non sono probabili, nel senso che rifuggono a ogni tentativo di prova all'in-

terno del processo, essendo fondate su circostanze indimostrabili, o meglio, non suscettibili di prova diretta, ma solo ricostruibili sulla base di inferenze indiziarie.

Pensiamo anche agli elementi tipizzanti di alcune fattispecie di parte speciale, come, per i reati associativi, l'*affectio societatis* oppure il momento costitutivo del sodalizio, i concetti di onore, di ordine pubblico, di pubblico scandalo.

Sono tutte nozioni del diritto penale sostanziale, tanto di parte generale quanto di parte speciale, che sfuggono alla prova diretta dimostrativa.

Il punto di osservazione privilegiato rimane, tuttavia, il dolo, perché forse su altri aspetti si potrebbe essere indulgenti, ma l'elemento soggettivo, insieme a quello materiale, è al cuore di qualunque fattispecie incriminatrice.

Il dolo, ma naturalmente anche la colpa, quindi l'elemento soggettivo in genere, è un tema di prova processualmente inesistente, frutto di mere presunzioni di carattere argomentativo.

Lo scarto fra diritto sostanziale e processo testimonia uno scollamento dalla realtà anche di chi indaga il diritto penale sostanziale.

Ogni sforzo teorico di precisare l'elemento soggettivo, pensiamo alla prima formula di Frank utilizzata dalle Sezioni Unite nel 2014 per configurare il dolo eventuale, si scontra con l'assenza di quelle concrete acquisizioni probatorie che sono predicate in sede di enunciazione teorica.

Il richiamo alla concretezza sotteso alla definizione del dolo eventuale cade nel nulla, essendo di fatto impossibile dimostrare una circostanza del tutto ipotetica, ossia stabilire che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita, neppure se avesse avuto contezza della sicura verifica dell'evento.

Come si prova la prima formula di Frank? Nel processo penale dovremmo dedurre un evento psichico controfattuale da una situazione ricostruita *ex post*.

Ma si può condannare o assolvere sulla base di una ipotesi controfattuale improbabile, sempre nel senso di indimostrabile?

Sulla base della formula di Frank, il tema di prova è insuscettibile di dimostrazione effettiva, a dispetto dell'insistito riferimento della Cassazione alle concrete acquisizioni probatorie, e il dolo eventuale finisce per essere una delega in bianco al giudice che potrà decidere sulla base di una sua intuizione, di carattere medianico soggettivo. Come si sarebbe comportato l'agente se si fosse rappresentato l'evento? A questa domanda il processo non può dare risposta in punto di prova, rimane solo l'immaginazione più che l'argomentazione del giudice.

Quando un tema di prova essenziale, come quello relativo a un elemento costitutivo della fattispecie, sfugge alla possibilità di una prova rigorosa e puntuale, le conseguenze all'interno del processo sono molto rilevanti.

La prima fra tutte è che questo tema di prova, che tale non è perché non viene arato dall'attività istruttoria e non vede il pubblico ministero impegnato nella sua rigorosa dimostrazione, non solo finisce per essere presunto, ma non è nemmeno confutabile. Come può la difesa introdurre una prova contraria rispetto a un tema che non è oggetto di prova diretta? Ancor più precisamente, la difesa dovrebbe tentare di provare il fatto negativo, quello che esclude la sussistenza di un elemento che in realtà è presunto.

Affermare che il dolo sia presunto e che venga surrogato dal *dolus in re ipsa* è una presa di posizione impegnativa che merita alcune ulteriori considerazioni.

Ci hanno insegnato che il dolo ha una duplice componente, la rappresentazione e la volontà. Normalmente non viene dimostrata come tema autonomo di prova, né la rappresentazione, né tantomeno la volontà, soprattutto la volontà è sistematicamente estromessa dai temi di prova, perché la giurisdizione è consapevole che sugli atteggiamenti interiori la prova sarebbe difficile, per non dire impossibile, anche quando venisse supportata da comportamenti esteriori aventi valenza indiziaria. Di conseguenza, pretendere la rigorosa dimostrazione della componente volitiva potrebbe determinare un numero assai elevato di assoluzioni.

Per evitare questo effetto evidentemente indesiderato, la giurisdizione penale si è adagiata su un dolo dimezzato, la cui dimostrazione, nei limiti in cui diremo, è comunque limitata alla rappresentazione, dando per pacificamente scontata la volontà.

Ma anche il superstite dolo rappresentativo finisce per essere assorbito in un automatismo logico che sfugge anche alla logica indiziaria.

Si pensi, ad esempio, a una imputazione per rapina. Una volta dimostrato l'elemento materiale, quello soggettivo, tanto nella componente rappresentativa quanto, a maggior ragione, in quella volitiva, rimane ai margini dell'attività probatoria e viene presunto sulla base della indubbia connotazione dell'elemento materiale che ha una sua espressività anche sul piano dell'elemento soggettivo.

A ben vedere non si tratta di una presunzione, né legale né di fatto, ma della pura e semplice rimozione di un tema di prova che può riemergere solo sotto forma di fatto negativo, ossia di negazione della sua esistenza. Questo stato di cose incide direttamente sui carichi probatori: alleggerisce quelli del pubblico ministero, che dovrebbero essere assai più pesanti, dando per presunto il fatto costitutivo, mentre scarica sulla difesa l'intero tema di prova dell'elemento soggettivo, sia pure in chiave negativa dello stesso.

Senza trascurare l'ulteriore considerazione che il dolo non è solo elemento costitutivo della fattispecie e, quindi, della imputazione, ma dovrebbe poi divenire anche un punto imprescindibile della sentenza che voglia affermare la responsabilità dell'imputato.

Questo sarebbe il dover essere dell'accertamento processuale del reato, ma come abbiamo detto l'essere applicativo prescinde totalmente dal tema di prova e di decisione. Il dolo è presunto, sarà poi l'imputato a dover dimostrare l'insussistenza dell'elemento soggettivo se vorrà essere assolto. Onere della prova, o meglio, dovere di prova in capo al pubblico ministero nel dover essere costituzionale del processo, onere invertito nella prassi applicativa che apre il tema di prova solo se la difesa intende impegnarsi nella prova del fatto negativo (insussistenza del dolo).

Non si tratta, come detto, di una vera e propria presunzione espressa, ma della più subdola esclusione del tema di prova dell'elemento soggettivo che viene ritenuto assorbito nella dimostrazione dell'elemento materiale.

Prendendo spunto da questo dato di realtà processuale, alcuni giuristi ritengono che il dolo finisca per essere un fatto incontroverso, con un evidente richiamo alle categorie processualciviltistiche.

Nel processo civile i fatti incontroversi sono quelli che non vengono messi in discussione dalle parti e, come conseguenza, si sottraggono alla dimostrazione probatoria con positive ricadute in termini di economia processuale. Come dire, se è dimostrata la rapina, perché occuparsi del dolo quando la condotta materiale, di per sé, è direttamente dimostrativa di una precisa rappresentazione e volontà in capo all'agente?

Non credo che la giustificazione fornita dalla teoria del fatto incontroverso sia corretta, mancando del tutto una base consensuale espressa che renda effettivamente incontroverso fra le parti il tema di prova. Le parti non si accordano mai per sostenere congiuntamente che il dolo non vada provato e che possa darsi per acquisito e comunque tale accordo non sarebbe in alcun modo previsto dalla legge processuale, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale.

Il fatto incontroverso si dà consensualmente per provato, ma trattandosi di un elemento essenziale della fattispecie ciò non sarebbe possibile.

Guardando meglio all'atteggiamento delle parti, si comprende come il fatto non sia incontroverso sulla base di un accordo al riguardo, ma lo si ritiene implicitamente dimostrato da un'inferenza indiziaria fondata su massime di esperienza che appaiono largamente condivise e, comunque, condivise dalle parti.

Più che di fatto incontroverso, bisognerebbe parlare di dimostrazione implicita su base indiziaria non contestata.

In questi casi — la rapina, ma pensiamo anche a un omicidio in cui la vittima viene attinta da numerosi colpi di arma da fuoco alle parti vitali del corpo — la dimostrazione della con-

dotta materiale, sorretta da prove evidenti di responsabilità in capo all'imputato, finisce per assorbire l'ulteriore tema di prova rappresentato dal dolo che risulta escluso dall'attività istruttoria e che viene implicitamente e consensualmente ritenuto dimostrato da una inscalfibile inferenza indiziaria, in quanto fondata su solide massime d'esperienza, come detto, largamente condivise, anche dalle parti.

Si ritiene che il soggetto agente, rappresentandosi il fatto di tenere questo tipo di condotta, automaticamente, ossia per massima d'esperienza, non può non porsi anche nell'ottica di volere la rapina o l'omicidio che sta commettendo.

Il dolo esce dai temi di prova specifici in quanto dimostrato attraverso la prova dell'elemento materiale, quindi è presunto, o meglio, è dimostrato in via indiretta.

Non siamo sicuramente di fronte a una presunzione di legge, trattandosi piuttosto di una presunzione di fatto, di una inferenza indiziaria condotta su massime di esperienza.

Del resto, in ambito civilistico è chiara la distinzione fra le presunzioni semplici, che consistono in strumenti probatori rappresentati da un ragionamento inferenziale sostanzialmente equiparabile all'indizio penalistico, e le presunzioni legali, che vanno, invece, ricondotte a un meccanismo normativo non riguardante l'accertamento giudiziale dei fatti, ma il regime di distribuzione dell'onere della prova.

Il dolo rimane formalmente un tema di prova, verificato non con la prova diretta e dimostrativa, ma con la prova indiretta e indiziaria: dal fatto noto e provato, l'elemento materiale, inferiamo, attraverso un criterio offerto da massime d'esperienza, il fatto ignoto, cioè il dolo, che non è quindi in *in re ipsa*, ma è sostenuto da una conclusione indiziaria, spesso implicita.

Il dolo indiziario, fondato su una presunzione semplice, impone alla difesa di attrezzarsi per la prova negativa.

Tecnicamente non è una inversione dell'onere della prova, ma in realtà la presunzione inferenziale sposta i carichi probatori, sollevando il pubblico ministero dalla prova diretta dell'elemento

soggettivo e lasciando alla difesa la questione del tema di prova negativo, ossia la dimostrazione dell'insussistenza del dolo.

La natura inferenziale della dimostrazione del dolo impone una riflessione sulle massime d'esperienza. Dove vengono trovate dal giudice? Cosa sono esattamente?

L'esperienza è un tema classico della logica della prova.

Per quanto riguarda il dolo, il criterio è quello della normalità razionale. Normalità razionale del tipo d'autore, per l'esattezza.

Un esempio può essere utile, pensiamo ai reati tributari di omesso versamento delle imposte. Viene dimostrata la condotta omissiva, in ipotesi l'IVA non versata che supera la soglia di punibilità. Il tema di prova rappresentato dalla condotta materiale è dimostrato, al di là di ogni ragionevole dubbio, attraverso elementi di prova documentali inoppugnabili.

Una volta dimostrata la condotta omissiva, si inferisce il dolo rappresentativo. Chi non versa le imposte è perfettamente consapevole della sua azione, la massima d'esperienza è diafana proprio perché rispondente alla universalità dei casi, difficile ipotizzare una mera dimenticanza di un versamento IVA superiore a 250.000 euro.

Un po' diversa è la questione riguardante il profilo volitivo del dolo. L'agente è perfettamente consapevole di non aver versato le imposte, e ciò si evince dalla condotta materiale, rimane però da dimostrare perché ha tenuto la condotta omissiva. Il tema di prova sarebbe la volontà di evadere le imposte, volontà esclusa ogni qual volta il soggetto non sia in grado di adempiere all'obbligo tributario, come quando non abbia sufficiente liquidità al momento della scadenza del versamento.

A ben vedere, questo secondo aspetto, e cioè la componente volitiva del dolo, potrebbe inferirsi solo attraverso la dimostrazione dell'assenza di un fatto impeditivo, cioè della mancanza di liquidità.

A stretto rigore, il pubblico ministero dovrebbe dimostrare non solo che l'agente non ha versato le imposte, ma anche che avrebbe potuto farlo perché aveva la disponibilità economica per farlo e ha deciso di non farlo.

Se la coscienza è semplice da provare, so che non ho versato le imposte, non altrettanto può dirsi per la volontà, non voglio pagare le imposte, pur potendo farlo.

Quest'ultima circostanza non può essere desunta in via inferenziale. Occorre dimostrare il presupposto della volontà ossia la condizione di liquidità. Chi non ha le risorse finanziarie per adempiere all'obbligo tributario non può certamente volere l'indempimento.

Quello che sarebbe un fatto impeditivo, la situazione di illiquidità, diviene un elemento costitutivo, sia pure in termini negativi, la cui dimostrazione non può che essere a carico del pubblico ministero. La crisi di liquidità non è una esimente, ossia un fatto impeditivo in senso stretto, ma un presupposto, in negativo, della componente volitiva del dolo. Per provare il dolo non basta l'inferenza indiziaria fondata sulla condotta materiale dell'omesso versamento, occorre dimostrare che tale omissione è stata voluta in quanto l'agente era nelle condizioni di adempiere, quindi bisogna escludere quel fatto negativo, la illiquidità, che escluderebbe il dolo nella componente volitiva.

Questo secondo aspetto, tuttavia, non viene mai posto come oggetto di prova.

Di solito procediamo per inferenze presuntive, inferenze indiziarie se preferite: provato il fatto materiale dell'omesso versamento, se ne inferisce la rappresentazione sulla base della massima d'esperienza che un debito fiscale di tale portata non può essere dimenticato e che, quindi, l'omesso versamento è consapevole, in altri termini, non poteva non sapere. Questa brutta massima d'esperienza viene poi piegata sulla componente volitiva, dal non poteva non sapere si passa al non poteva non volere.

L'unica spiegazione plausibile dell'omesso versamento è la volontà di evadere le imposte. A ben vedere, non solo la massima d'esperienza del non poteva non volere è seriamente contestabile, ma si costruisce una inferenza indiziaria di secondo grado la *praesumptio de praesumpto* che sarebbe vietata dall'art. 192 comma 2 c.p.p.

Dal fatto noto, l'omissione, si giunge al fatto ignoto, era consapevole di non versare le imposte, attraverso una prima massima d'esperienza, non poteva non sapere di avere un tale debito tributario da adempiere. Da questa conclusione indiziaria, la probabilità della consapevolezza dell'inadempimento, prende avvio una seconda inferenza indiziaria: si è rappresentato l'omissione e l'ha voluta per evadere le imposte, non poteva non volere.

La seconda inferenza, quella sul dolo volitivo, è assolutamente evanescente e, comunque, prende avvio da un dato non sufficientemente preciso, ossia la consapevolezza dell'inadempimento che è frutto di una conclusione solo probabilistica fondata, a sua volta, su massime d'esperienza.

Il tema che ho appena abbozzato in questo mio breve intervento, quello del dolo inferenziale, dovrebbe essere studiato anche con riferimento alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, perché quella regola di giudizio, se ci pensate bene, è comunque un'inferenza eliminatoria.

Almeno questa è la mia impostazione: non basta dimostrare in positivo gli elementi costitutivi della fattispecie, compreso quello soggettivo, che però abbiamo visto essere dimostrato solo in via indiretta e inferenziale, ma bisognerebbe, sempre sulla base degli elementi acquisiti, poter escludere anche l'ipotesi alternativa, o meglio l'ipotesi alternativa non dovrebbe essere sorretta da quello che i civilisti chiamano il principio di prova, quindi non la stessa prova che determina l'affermazione della sussistenza degli elementi costitutivi, ma quantomeno un principio di prova che renda l'ipotesi contraria non puramente astratta o congetturale.

Se ci pensate, nel caso dell'omesso versamento, cosa succede?

Abbiamo una dimostrazione del dolo inferenziale, molto labile, soprattutto sotto il profilo volitivo, che potrebbe essere tranquillamente messa in discussione non solo dall'allegazione del tema di prova della crisi di liquidità, ma anche da qualche elemento concreto portato dalla difesa a dimostrazione della tensione finanziaria vissuta dall'azienda in quel determinato momento.

E allora la partita probatoria dovrebbe riaprirsi, perché la dimostrazione del dolo volitivo risulta estremamente debole, in quanto fondata su una inferenza di secondo grado e sulla pseudo massima d'esperienza del non poteva non volere, e verrebbe travolta dall'ipotesi alternativa, anche solo accennata sulla base di un principio di prova della crisi di liquidità.

La regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, fondata su una inferenza eliminatoria, dovrebbe imporre maggior rigore nella dimostrazione del dolo, quel rigore probatorio in grado di escludere le ipotesi alternative. Il pubblico ministero avrebbe quindi l'onere (*rectius*, il dovere) di dimostrare l'omesso versamento e la volontà di evadere le imposte che presuppone la possibilità di farlo, ossia dimostrare che il contribuente poteva tranquillamente adempiere all'obbligo tributario e ha deciso, invece, di evaderlo. Così facendo l'organo dell'accusa si garantirebbe il superamento della soglia imposta dalla regola di giudizio, avendo escluso l'ipotesi alternativa e cioè la crisi di liquidità.

Ovviamente nella giurisprudenza di legittimità non vi è traccia di queste problematiche e quindi possiamo giungere a una prima e forse anche ultima conclusione.

Il dolo è normalmente coperto da presunzioni semplici fondate su inferenze solo indiziarie. Il dolo indiziario e presunto è così scontato che non viene nemmeno enunciato espressamente come specifico tema di prova nel capo di imputazione.

Né l'imputazione né le richieste di prova pongono il dolo come tema di prova.

La natura presuntiva della dimostrazione del dolo deve poi fare i conti con la scelta di considerare l'elemento soggettivo non in relazione al singolo autore del reato, ma in una dimensione astratta che tende a razionalizzare il profilo volitivo attraverso l'utilizzo di massime di esperienza universali che non sono riferite a quel singolo autore di reato ossia all'imputato.

E qui torna il problema delle massime d'esperienza che, avendo carattere universale, anzi essendo predicato il loro carattere universale, riguardano un autore medio ideale e razionale, ma

non hanno nulla a che vedere che il singolo imputato. Il paradosso è così svelato: pretendiamo di dimostrare lo stato soggettivo di un singolo autore di reato applicandogli quello che riteniamo essere il comportamento dell'uomo medio ideale e razionale.

La giurisprudenza non dimostra mai il dolo dell'imputato, ma dimostra, sarebbe meglio dire pretende di dimostrare, il dolo dell'autore medio di quella tipologia di reato.

C'è un'ontologica incompatibilità fra massima d'esperienza e dimostrazione dell'elemento soggettivo del reato. La massima d'esperienza è una generalizzazione, quindi un'astrazione che sfugge, nella sua connotazione universale e oggettiva, all'individuazione soggettiva della valutazione compiuta dal singolo autore di reato.

Dunque, se anche credessimo nella forza epistemica delle presunzioni fondate su massime d'esperienza, dovremmo comunque chiederci se questo tipo di ragionamento possa applicarsi alla valutazione dello stato soggettivo in cui versava il singolo autore del reato.

Facciamo un esempio, per rimanere nella concretezza. Pensiamo alla responsabilità penale dei capi e promotori di un'associazione mafiosa per i reati fine. Questo, grosso modo, è il ragionamento della giurisprudenza: premessa maggiore, ogni omicidio di mafia, chiaramente strategico, è deliberato dalla commissione mafiosa, ossia dai capi e dai promotori; premessa minore, è stato eseguito un omicidio di mafia di importanza strategica; conclusione, l'omicidio è stato deliberato dalla commissione i cui membri sono, quindi, i mandanti e ne devono rispondere.

Chi è membro della commissione partecipa alla deliberazione degli omicidi strategici e, di conseguenza, ne è responsabile dal punto di vista del dolo.

Cerchiamo di portare alla luce le massime d'esperienza utilizzate nel ragionamento induttivo. Si opera per astrazioni, la prima delle quali è che l'omicidio sia stato deliberato dalla commissione. Un tale omicidio non può non essere stato deliberato dalla commissione che non poteva non sapere e non poteva non volere

un fatto di tale importanza. Il capo fa parte della commissione e, quindi, soggettivamente è responsabile. A volte lo stesso ruolo apicale viene attribuito al singolo sulla base di meri indizi, di modo che si passa da una presunzione all'altra.

Dimostrazioni inferenziali fondate su esperienze che tendono alla generalizzazione, quindi all'astrazione, per sfociare in vere e proprie presunzioni. Potremmo richiamare una sconfinata giurisprudenza sui fatti di mafia che applica ergastoli sulla base di notevoli semplificazioni probatorie in punto di dolo, su ragionamenti inferenziali, in totale assenza di prove dimostrative.

C'è una singolare assonanza fra i reati di mafia e quelli economici: l'amministratore delegato e il capo promotore non potevano non sapere. In ogni struttura verticistica si presume che il capo sappia e voglia quanto fanno i suoi sottoposti.

Non rileva quanto sia o meno accaduto nel caso singolo, si opera per astrazioni e si scade in presunzioni che consegnano l'elemento soggettivo a forme di responsabilità oggettiva di posizione.

Pensiamo ancora al tema dei segnali d'allarme nei reati economici.

Si parte sempre dall'elemento materiale, ossia quello che accadeva in quell'azienda, per poi presumere che l'apicale non potesse non cogliere i segnali d'allarme e, quindi, esimersi dall'intervenire. Non lo ha fatto, non è intervenuto, quindi è responsabile per quanto accaduto.

Gli esempi sarebbero innumerevoli, tutti accomunati da un dolo oggetto di presunzioni semplici, per di più riferite non tanto alla condotta del singolo imputato, quanto alla volizione astratta e generalizzata per tipi di autore.

Sarebbe utile un confronto con la dottrina sostanzialistica. Il dolo è l'elemento soggettivo del singolo imputato o quello del reato, inteso come condotta prevista in via generale ed astratta.

Faccio un esempio, non tanto paradossale, perché mi ricorda i casi dei testimoni di Geova e delle trasfusioni di qualche anno fa, però in chiave più attuale.

C'è un novello terrapiattista che è convinto, su basi chiaramente non scientifiche tratte da internet, che somministrando un certo veleno al proprio figlio lo porterà a sviluppare maggiormente gli anticorpi per future pandemie. Il veleno viene somministrato e il figlio muore, da qui l'accusa di omicidio volontario.

La rappresentazione dell'azione è fuori discussione, si è rappresentato e ha voluto il fatto materiale di somministrare il veleno al figlio, ma non l'ha certamente fatto per ucciderlo.

Abbiamo la prova documentale che costui aveva scritto agli amici della sua ferma convinzione che quella somministrazione fosse benefica.

Manca l'elemento volitivo, ma i nostri giudici lo assolverebbe o lo condannerebbero?

In questo caso, si badi, vi è la prova diretta e dimostrativa dell'assenza del dolo volitivo (le lettere indirizzate agli amici e le propagandate intime convinzioni dell'imputato), situazione del tutto eccezionale, dato che il tema di prova del dolo è quasi sempre affidato a dimostrazioni di carattere indiziario.

A mio avviso lo condannerebbero, ma lo condannerebbero perché l'imputato non viene considerato come individuo, bensì come autore modello di quel reato secondo lo schema di ciò che dovrebbe normalmente accadere, sulla base della comune correlazione tra la somministrazione del veleno e la volontà omicidiaria.

Vado a concludere, anche se ci sarebbero molte altre cose da dire, soprattutto sul tema delle posizioni di garanzia nei reati economici.

Al fondo, il problema è sempre lo stesso, la scomparsa del dolo dal fuoco della prova.

Vi sono categorie penalistiche fondamentali, come il dolo, che vivono in una dimensione puramente processuale, che smentisce completamente la dogmatica sostanziale. La trasfigurazione processuale degli elementi costitutivi del reato sarebbe un bel tema sul quale riflettere seriamente.

Il reato ha una sua peculiare dimensione processuale che si allontana dalla dogmatica del diritto sostanziale.

Se leggiamo i testi di *Criminal Law* anglosassoni non si parla dell'autore del reato, ma del *defendant*, cioè dell'imputato, sull'astratta dogmatica penalistica prevale la teoria generale del processo.

Per il diritto sostanziale esistono le cause di estinzione del reato, come la prescrizione, ma il reato non esiste finché non viene accertato in via definitiva nel processo. Parlare di estinzione di qualcosa che giuridicamente non esiste è un fuor d'opera. La prescrizione non estingue il reato, ma il suo accertamento ossia l'azione.

La prescrizione estingue l'azione, cioè la pretesa di veder punito qualcuno sulla base di una ipotesi di reato che tale rimane fino a quando non sopravviene il giudicato.

Questa visione processuale del sistema penale non è solo la rivendicazione, diciamo orgogliosa, di un processualpenalista che vuole in qualche modo sostenere la primazia della procedura penale rispetto al diritto sostanziale, ma è la rappresentazione di una realtà alla quale sarebbe bene dare maggior credito anche negli studi scientifici. A dispetto della manualistica e della dogmatica penalistica, il reato vive in una sua peculiare dimensione processuale. Le componenti normative non "probabili" spariscono completamente dall'oggetto di prova e si trasformano in argomentazione, qualcosa di completamente diverso e puramente processuale.

Se ci pensate, il dolo, oggi, è soprattutto argomentazione.

L'inafferrabile onere e la fase investigativa: alle origini del fenomeno

di CRISTIANA VALENTINI

È davvero un'idea interessante quella di paragonare i vari settori del sistema giustizia sotto lo specifico angolo prospettico dell'onere della prova e, come dire, lasciar scorrere il concetto attraverso materie di per sé diversissime, come quelle oggetto di discussione in questi giorni.

Una simpatica coincidenza: quando è arrivata l'idea del convegno sull'onere della prova, avevo in corso lo studio della monografia di una giovane studiosa oggi qui presente, che coraggiosamente ha dedicato la sua prima opera a questo tema. Così il suo lavoro mi ha aiutato a riscoprire tanti aspetti dell'onere della prova che francamente avevo dimenticato ⁽¹⁾.

E allora non posso che iniziare questo mio breve contributo rammentando una frase molto famosa del mio Maestro, professore Alfredo Gaito, rintracciata in un lavoro degli anni '70, dove egli scriveva, in lucida prefigurazione di un processo che avrebbe provato a mutare *imprinting* solo di lì a molti anni: «tra le regole del gioco vi è quella, preminente ed essenziale, che la prova va offerta e prodotta da chi accusa» ⁽²⁾ e, ancora, che l'onere della prova incombente sull'organo statuale persecutore staglia una sagoma nitida, semplicemente ineliminabile in ogni vicenda processuale, laddove si rifletta che solo così la medesima potrà dirsi

⁽¹⁾ L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Milano, 2020.

⁽²⁾ A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, c. 517.

informata alla presunzione costituzionale di innocenza.

Il magnifico ideale delineato in questo passaggio — come ha detto bene or ora il Presidente della nostra associazione, Adolfo Scalfati — nella realtà del sistema di giustizia penale letteralmente non esiste. Questo era vero vigente l'impronta autoritaria del codice Rocco ed è a tutt'oggi un dato di realtà, nonostante gli sforzi compiuti da tanta autorevole parte della dottrina al fine di inserire concretamente il canone dell'onere della prova all'interno delle regole del gioco.

Gettiamo uno sguardo ad un pronunziamento sin troppo noto, che ha prodotto effetti a catena sul sistema penale, incidendosi con tratti marcati nella prassi delle aule di giustizia.

Parlo della sentenza costituzionale n. 111 del 1993.

Al di là del molteplici contenuti che — come accennavo — si sono riverberati a catena sull'esegesi di tante disposizioni del codice di procedura penale, questa decisione contiene un fraseggio particolarmente incisivo sul tema del presente convegno: qui la Corte Costituzionale ebbe modo di dire a chiare lettere che l'onere della prova nel processo penale non esiste, a cagione del principio di obbligatorietà dell'azione penale e perché il processo penale, comunque, è finalizzato alla ricerca della verità. Soffermiamoci su quest'ultimo aspetto: credo ricordiamo tutti la bella riflessione di Ferrer Beltran, secondo cui se noi rinunciamo all'idea che il processo penale debba tendere alla ricerca della verità, tanto varrebbe decidere che qualcuno è colpevole o innocente tirando ai dadi.

Ecco allora mi permetto di obiettare alla Consulta dell'epoca: il fatto che ci sia un anelito alla verità assolutamente tipico ed anzi denotativo del processo penale, pare cosa non solo vera ma anche eticamente condivisibile; epperò, altro è riconoscere questo come dato strutturale, diremmo, del processo e altro è esimersi dal bilanciare la ricerca della verità (traduciamo: la cognizione completa e affidabile della fattispecie assoggettata a giudizio), con tutti gli altri principi che devono trovare cittadinanza nel procedimento penale, *in primis* appunto la presunzione d'innocenza.

Passiamo al secondo aspetto su cui la Consulta del 1993 aveva fondato il suo assioma.

Un fatto è certo: il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale — il fatto che il pubblico ministero sia obbligato ad *inquirere* e ad esercitare l'azione penale laddove ricorrano gli estremi di sussistenza della fattispecie concreta — trasforma inesorabilmente la situazione soggettiva del pubblico ministero in una situazione di dovere e se si concorda su questo, allora effettivamente pare delinearsi un dato che si oppone logicamente al riconoscimento di un onere della prova in capo all'accusa ⁽³⁾, posto che, tenuto ad agire laddove ne ricorrano gli estremi di legge, allora di certo il pubblico ministero avrà non un onere, ma un dovere di addurre prove a sostanziare il costruito accusatorio in relazione al quale egli ha ritenuto di dover esercitare l'azione. Il discorso potrebbe chiudersi qui, nel riconoscere che la Consulta era nel vero, non può parlarsi di onere nella prova nel processo penale perché, richiamando i passaggi della bellissima opera di Cordero ⁽⁴⁾, chi è in dovere di porre in essere un certo compito, non può dirsene al contempo onerato.

Il punto, però, si focalizza diversamente nel richiamare il concetto illuminato all'abbrivio di questo discorso, ovvero l'onere della prova come insostituibile regola di un gioco del processo rispettoso della presunzione d'innocenza.

Qui, l'idea di onere della prova si rivela anzitutto nella sua natura di promozione — diremmo con un po' di spirito — dell'igiene culturale degli operatori del sistema, all'esplicito scopo di sottolineare quanto sia pressante il dovere che incombe sul pubblico ministero vigente la presunzione d'innocenza, e quali ne debbano essere poi le conseguenze in termini di esito del giudizio laddove, giustappunto, la regola dell'onere della prova in capo all'accusa evidenzia le carenze dell'opera ricostruttiva cui *in primis* il pubblico ministero è tenuto nel momento in cui decide di

⁽³⁾ È la conclusione del volume di Tavassi, *L'onere della prova*, cit.

⁽⁴⁾ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, *passim*

esercitare l'azione penale ritenendo di poter dimostrare la fondatezza dell'accusa e la sua idoneità a vincere la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

La seconda conseguenza dell'idea di un onere della prova in capo al pubblico ministero come evidentemente derivante dalla presunzione costituzionale di innocenza, è questa: il pubblico ministero inquirente lavora in solitudine per anni alla ricerca della prova e parliamo del segreto investigativo, il cui esito concretissimo è che il dovere del pubblico ministero di approvvigionarsi di elementi probatori idonei a vincere la presunzione d'innocenza diventa tanto più incisivo quanto più la situazione esclude qualunque partecipazione e, prima ancora, conoscenza del procedimento in corso da parte del soggetto indagato.

Non è strano che sempre la Consulta nel 1991 ⁽⁵⁾ abbia coniato il sintagma di completezza delle indagini, ad indicare il dovere del pubblico ministero di esaminare la fattispecie concreta a 360 gradi, fondando l'esercizio dell'azione su di un supporto probatorio che investa ogni porzione della fattispecie medesima sottoposta alla disamina dell'inquirente, ad esempio anche quella porzione sempre negletta che è l'elemento soggettivo del reato, come sottolineava poc'anzi il Prof. Mazza.

Insomma, curiosamente, seguendo questa prospettiva, l'onere di prova del pubblico ministero (*rectius* il dovere di prova) in realtà trova spazio ben prima del giudizio, aderendo strettamente al dovere del futuro accusatore — che opera nell'assoluto solipsismo del segreto investigativo, disponendo *in toto* di tutti gli elementi di prova pertinenti alla fattispecie concreta — di esplorare la notizia di reato nella sua interezza fenomenica e ciò per una ragione molto semplice, che va ben oltre le esigenze del canone di obbligatorietà dell'azione penale: il segreto investigativo nella sua conformazione attuale e il suo congenito e completo rifiuto della conoscenza degli atti e del processo stesso in capo all'indagato, fanno sì che l'unico soggetto ad avere accesso tempestivo

(⁵) Corte cost., sent. n. 88 del 1991.

alle prove sia quello pubblico inquirente, con evidentissimo rischio di dispersione delle prove per avventura favorevoli all'indagato, non foss'altro che a cagione del fenomeno investigativo noto come *bias* della visione a tunnel.

Qualcuno qui rammenterà l'esistenza dell'articolo 358 del codice di procedura penale: il pubblico ministero — ci ricorda il legislatore del codice all'unisono con la Consulta che avrebbe stagiato pochi anni dopo il principio di completezza — ha l'obbligo di investigare anche a favore dell'indagato.

In proposito, vale la pena di riepilogare un'altra decisione della Consulta, stavolta del 1997 ⁽⁶⁾, allorquando veniva sollevata questione di legittimità costituzionale della disposizione in parola in quanto priva di qualsivoglia sanzione processuale per il caso di inottemperanza del pubblico ministero al dovere iscritto nell'art. 358 c.p.p.

È interessante notare, in questa sede, come tra i vari profili di contrasto con la Carta Fondamentale, il pretore messinese rimettente avesse incluso l'art. 27, secondo comma, della Costituzione, quale fonte dell'obbligo in capo al pubblico ministero di «considerare l'imputato innocente fino a sentenza definitiva, e dunque di assumere un comportamento di rigorosa neutralità per tutta la durata delle indagini».

La Consulta rispondeva con un colpo d'accetta e con un discorso che possiamo sintetizzare in questi termini: tutto vero e giusto, ma il codice è diventato accusatorio e il carattere accusatorio del processo penale fa sì che le prove se le debba ricercare la difesa, quindi non vi può venire in mente che debba cercarle il pubblico ministero e men che meno può essere lecitamente sostenibile che debba sussistere un qualche tipo di sanzione processuale a garanzia di ottemperanza effettiva all'obbligo; del resto — continuava la Consulta — «il principio di parità tra accusa e difesa trova piuttosto esplicazione nei diversi meccanismi previsti nelle varie fasi del procedimento per dare piena attuazione al diritto di difesa, tra

⁽⁶⁾ Corte cost. ord. n. 96 del 1997.

cui le investigazioni difensive disciplinate dall'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, espressamente finalizzate all'esercizio del diritto alla prova (e alla controprova), e i poteri di acquisizione probatoria del giudice nel caso di inerzia o negligenza delle parti»; un fraseggio quasi surreale, quest'ultimo, quando si rifletta che i poteri d'investigazione difensiva oggi delineati dagli artt. 391-*bis* e ss. del codice, sono uno strumento di rara inefficienza, ma, all'epoca in cui parlava questa Consulta, il difensore che si avventurasse a dar corpo alla ricerca della prova a discarico, null'altro aveva a disposizione se non il realmente risibile strumento di cui all'art. 38 disp. att. c.p.p., esibito dalla Corte — si pensi — quale vessillo di tutela di livello costituzionale.

E così la Consulta condannava in via definitiva alla sua sorte l'obbligo di indagare esplicitato dall'art. 358 c.p.p., dimenticando che è la presunzione d'innocenza ad esigere che l'onere di prova del pubblico ministero passi attraverso una ricostruzione completa della fattispecie.

Torniamo allora sul punto. La realtà nuda del processo penale è che il pubblico ministero non è obbligato ad investigare a tutto tondo, non è onerato della ricerca della prova da produrre nel futuro dibattimento e anzi non è neppure ascrivibile a lui un reale dovere, se dobbiamo credere a Ferrajoli allorquando scrive che un diritto privo di possibilità di azione e tutela è un dovere inottemperato dal legislatore: in questo caso il diritto dell'indagato/imputato a vedere trattato il suo caso all'interno del procedimento in termini conformi alla presunzione d'innocenza.

Forse qui vale anche la pena di ricordare che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo è intervenuta plurime volte sulle vicissitudini italiane e in una quantità di decisioni si è espressa in senso chiarissimo rilevando che gli Stati hanno l'obbligo di compiere indagini tempestive, approfondite, trasparenti, celeri, imparziali.

E sempre la Corte EDU in una nota decisione del 2017, la famosa *Talpis* contro Italia, indulge a chiarire un concetto fondamentale, e cioè che esiste un motivo concreto per cui le indagini devono avere le caratteristiche di cui sopra e, in particolare, la

tempestività e la celerità: secondo la Corte, il passare del tempo intacca in maniera inevitabile la quantità e la qualità delle prove disponibili.

Si pensi, banalmente, ai tabulati telefonici, che con il cosiddetto *positioning* oggi sono in grado, se ne ricorra il caso, di fornire una perfetta prova d'alibi, che però svanisce con il decorso dei due anni corrispondenti al *timing* di conservazione dei dati.

Si pensi alle telecamere cittadine, pubbliche e private, strumento di prova potentissimo, destinato a disgregarsi in tempi brevi, calcolabili in giorni.

Si pensi alla stessa memoria dei testimoni del fatto, non solo fisiologicamente esposta a mutamenti e alterazioni col passare del tempo, ma ancor più alterabile dai *bias* dell'ancoraggio e della disponibilità, che si producono in termini inarrestabili ogni qualvolta il fatto oggetto di ricostruzione abbia un riverbero mediatico.

Insomma, aveva ben ragione il professore Giuseppe Riccio ⁽⁷⁾ quando notava che l'articolo 358 c.p.p. trova proprio il suo senso e la sua ragion d'essere giusto in questo, e cioè nel patente squilibrio tra accusa e difesa cagionato dal fatto che la difesa non ha alcuna possibilità di approcciare tempestivamente le prove.

Ad oggi abbiamo esplorato pochissimo il rapporto tra tempo e prova ed è ben immaginabile che il suo studio sarebbe capace di donare approfondimento a queste scarse riflessioni, stagliando forse maggiormente una posizione del pubblico ministero meglio ritagliata sul suo ruolo, per certi versi inevitabile, di unico reale detentore della prova durante la fase investigativa coperta dall'omonimo segreto.

(7) G. RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Ideologie e modelli del processo penale. Scritti*, Napoli, 1995, 169.

Conclusioni

di ADOLFO SCALFATI

Dopo i ringraziamenti agli organizzatori, bisogna tirare le fila del discorso. Occorrono, tuttavia, talune premesse.

In linea di fondo, nel processo penale emergono quattro aspetti che hanno a che fare con il cd. onere della prova; dopo si ritornerà sulla nomenclatura e sui significati.

Il primo riguarda l'*incipit* istruttorio: la parte interessata ha il compito di allegare un quadro fattuale e di chiedere i mezzi per dimostrarlo; si tratta di impulsi necessari alla dinamica della prova, in assenza dei quali anche l'accertamento penale sarebbe dimezzato e, persino, fuorviante.

Il secondo: ammessa la fonte, la parte contribuisce ad acquisire di elementi utili in base ai propri obbiettivi e secondo la procedura fissata dalla legge.

Poi, il terzo, in fase finale del dibattito: terminata l'istruttoria, i contendenti rappresentano le tesi ricostruendole dai dati utilizzabili.

Il quarto, infine, riguarda i riflessi del lavoro delle parti sul giudice: bisogna decidere in base ai parametri relativi al "rischio della mancata prova"; qui valgono le regole utili a sciogliere il dilemma tra proscioglimento e condanna (artt. 529 s., 533 comma 2, c.p.p.).

Nel modello accusatorio perfetto, la dinamica dell'accertamento si muove esclusivamente su impulso delle parti; pertanto, la prova dei fatti giuridici è rimessa ai signori della contesa, con intuibile soccombenza di chi non è riuscito a dimostrare il diritto o l'interesse vantato. Simile modello postula la disponibilità

dell'iniziativa giudiziaria e degli impulsi istruttori e, forse, qui si potrebbe dire che la parte ha l'onere di attivarsi se intende vantare pretese dinanzi al giudice o se non vuole soccombere.

Ma è questa la sagoma del processo penale? La risposta è no!

In materia, le situazioni soggettive dei protagonisti sono tracciabili nella Carta fondamentale, nel pendolo che oscilla tra gli artt. 24, comma 2; 27 comma 2; 111 e 112 Cost.

Il pubblico ministero non "dispone" dell'azione ma è obbligato ad esercitarla; egli gode del potere di agire perfezionato mediante talune condizioni stabilite dalla legge. Ne consegue che il magistrato d'accusa nemmeno può disporre della prova ma ha il dovere di dimostrare i fatti oggetto dell'imputazione.

Quanto all'imputato, egli è assistito dalla presunzione di non colpevolezza che impone all'accusa di dimostrare la responsabilità al di là di ogni dubbio ragionevole; anche dal punto di vista dell'accusato, è del tutto incongruo sostenere che egli abbia la disponibilità della prova intesa come figura connessa al rischio di soccombenza per l'inerzia istruttoria: egli, piuttosto, gode del diritto di far emergere elementi a suo favore (artt. 24, comma 2, e 111, comma 3, Cost.), la qual cosa non vuol dire che il mancato esercizio del diritto comporta una pronuncia a lui sfavorevole.

In definitiva, nella prospettiva dell'imputato, il diritto alla prova non coincide con la disponibilità della prova: il primo lo tutela, consentendogli di contribuire alla rappresentazione dei fatti; il secondo, invece, gli affiderebbe esclusivamente l'*an* e il *quomodo* istruttorio con effetti sulla decisione nel caso di inerzia o di cattivo uso.

Tornando, ora, all'onere, esso evoca un "peso" (rinunciabile) a cura di chi non intende esercitare un diritto disponibile; onere e diponibilità della situazione soggettiva onerata sono elementi biunivoci.

Nel caso specifico dell'onere della prova, si tratterebbe di un complesso di atti che la parte deve compiere in vista della rappresentazione di fatti processuali a proprio vantaggio. Ma, in simmetria a quanto accade sul piano generale, all'onere di prova

corrisponde la disponibilità del diritto a provare dove il mancato esercizio determina effetti giudiziari contro l'inerte (soccombenza). Onere di prova, disponibilità della prova e disponibilità dell'azione sono aspetti giudiziari necessariamente compresenti.

Ma il processo penale non funziona così. Il pubblico ministero ha l'obbligo di agire e di provare, mentre l'imputato può non attivarsi senza per questo soccombere, considerato che il giudizio di condanna è subordinato al superamento della presunzione di non colpevolezza. Peraltro, una volta introdotto in giudizio, il dato istruttorio sarà impiegato anche per dimostrare circostanze utili alla parte che non l'ha richiesto; fenomeno divergente al significato rigido di onere di prova.

Insomma, invocare l'onere della prova vuol dire richiamare una figura non compatibile con la morfologia attuale dell'accertamento penale.

Chiariti nomenclature e significati, non è semplice mettere insieme i tanti aspetti introdotti dalle precedenti relazioni; tutti, in ogni caso, sono legati al tema del rischio della mancata (o insufficiente) dimostrazione dei fatti allegati.

Innanzitutto, com'è stato detto, la dissoluzione giudiziaria della prova sul terreno dell'elemento soggettivo del reato (dolo e colpa) è di perenne attualità: la massima concentrazione rappresentativa investe i profili materiali del fatto, lasciando in ombra le questioni della colpevolezza.

Mi pare che occorra definire meglio il tema.

La prova riguarda i "fatti", cioè il quadro naturalistico, anche quando bisogna trarre le conclusioni in termini di dolo o di colpa secondo le diverse forme astrattamente messe a punto dalla letteratura e dalla prassi. Dunque, sul piano processuale, il vero nodo attiene alla rappresentazione probatoria dei fatti riconducibili alle figure della colpevolezza più che alla incerta fisionomia di queste; il vizio, tuttavia, non sta tanto nel rapporto tra prova e giudizio, quanto nella interrelazione tra imputazione e oggetto dell'istruttoria: è l'addebito fattuale, spesso, a non racchiudere (o a contenerlo con vaghezza) i tratti descrittivi destinati ad integrare il dolo

o la colpa. Insomma, è l'opacità della contestazione fattuale in materia che si riflette sulla ineffettività della dinamica probatoria e, conseguentemente sul giudizio. Qui i rimedi al difetto di corrispondenza tra imputazione e sentenza servono a poco.

In secondo luogo, ricade nel perimetro del rischio per la mancata prova l'argomento delle presunzioni in base alle quali, in determinati contesti procedurali, spetta alla parte privata dimostrare *cd. fatti impeditivi*.

Se ne contano molti esempi tra i quali spiccano le discipline di ordinamento penitenziario per i delitti di criminalità organizzata, la dinamica istruttoria durante l'accertamento della responsabilità degli enti, l'adozione delle misure preventive patrimoniali o della confisca per sproporzione, ecc. Qualcuno potrebbe sostenere che, a tal riguardo, non operi la presunzione di non colpevolezza perché si versa in fasi successive all'irrevocabilità della sentenza o in contesti differenti dall'accertamento della responsabilità di una persona fisica. Ma non sarebbe una lettura conforme agli sviluppi del principio. L'art. 27, comma 2, Cost. e le Carte sovranazionali pretendono che esso rappresenti una regola di trattamento processuale di chi è potenziale destinatario di una misura afflittiva di matrice pubblicistica; non credo che conti, sotto questo profilo, stabilire — mediante notevoli rompicapo messi a punto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo — la natura sanzionatoria o meno di prodotti giudiziari che influiscono sui diritti individuali. La presunzione di non colpevolezza, in tale ottica, si erge a statuto diretto ad imporre, a chi invoca l'irrogazione della misura, di fornire la prova relativa ai presupposti applicativi. Naturalmente, si tratta di criterio destinato ad assumere maggiore o minore rigidità in funzione della tipologia di misura applicabile e della distinta qualità dei diritti soggettivi coinvolti.

Tema affine, ma non sovrapposto, emerge nel rapporto tra dovere di prova del pubblico ministero e attività investigativa. È indubbio che l'obbligo di agire non si limiti semplicemente all'atto di promovimento dell'azione ma si riverberi sul dovere di completezza delle indagini: senza un apparato investigativo

solido, per un verso, non è possibile effettuare scelte lucide circa l'antinomia azione-archiviazione e, per altro, una procedura che punti al giudizio di colpevolezza perderebbe di effettività. Si intrecciano, a tal proposito, esigenze più disparate. Oltre ai punti che toccano la portata dell'art. 112 Cost., giganteggia il problematico ruolo del giudice quando tende a supplire i vuoti di dovere del pubblico ministero: l'uso smodato del potere integrativo (artt. 422; 441, comma 5; 507; 603 c.p.p.) tende a incrinare l'imparzialità. Peraltro — e a conclusione — quest'ultima eventualità rappresenta l'esempio evidente di come la figura dell'onere di prova nel processo penale sia fuori luogo.

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 spunto 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.

Avvio di una discussione sull'onere della prova nella giurisdizione della Corte dei Conti

di MELANIA D'ANGELOSANTE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'onere della prova nella articolazione della giurisdizione contabile. — 2.1. *Segue*. Nei giudizi di responsabilità amministrativa. — 2.2. *Segue*. Nei giudizi di conto. — 2.3. *Segue*. Negli altri giudizi dinanzi alla Corte dei Conti. — 3. Giudice, parti e onere della prova: *focus* sul ruolo dei Procuratori regionali presso la Corte dei Conti. — 4. Riflessioni di sintesi e prospettiche.

1. Premessa.

Lo sviluppo del tema dell'onere della prova nel sistema giurisdizionale consente di evidenziare numerose interrelazioni fra i diversi tipi di processo: civile, penale, amministrativo, contabile, tributario.

Le ragioni sono molteplici: a esempio la presenza e/o la rintracciabilità, nella disciplina dedicata ai tipi di processo diversi da quello civile, di vari rinvii esterni — espliciti o impliciti — al Codice di procedura civile, o — ancora — la trasversalità del ruolo del Pubblico ministero, il quale svolge una funzione centrale soprattutto nel processo penale e — a seguire — rispettivamente in quello dinanzi alla Corte dei conti e in quello civile.

In questo contributo, orientato e ad alimentare la discussione sull'onere della prova proprio nella giurisdizione della Corte dei conti partendo da alcune di tali correlazioni, l'attenzione sarà rivolta soprattutto a come il tema oggetto dello studio possa essere declinato in base ai tre seguenti fattori: il particolare ruolo della giustizia contabile e parallelamente di quella amministrativa — per il tramite del ruolo dei principali apparati che la esercitano

– nell’ordinamento della Repubblica italiana; la peculiare morfologia della giurisdizione della Corte dei conti; un confronto fra il processo penale e quello contabile.

A tal fine il contributo sarà così articolato: una prima parte dedicata a definire la consistenza e le caratteristiche del tema dell’onere della prova in relazione alla morfologia articolata della giurisdizione contabile; una seconda parte dedicata a definire la consistenza e le caratteristiche del tema dell’onere della prova con particolare riferimento al ruolo del Procuratore regionale presso la Corte dei conti; una terza parte dedicata a trarre dall’analisi precedente le riflessioni di sintesi ritenute più utili a nutrire il dibattito, cui si vorrebbe attribuire un rinnovato impulso.

2. L’onere della prova nella articolazione della giurisdizione contabile.

Nel sistema giurisdizionale dell’ordinamento della Repubblica italiana la giurisdizione della Corte dei conti è certamente quella dalla morfologia più articolata e poli-strutturata, come fra breve si avrà modo di ricordare.

A tal fine se ne ripercorrerà la struttura alla ricerca della consistenza che il tema dell’onere della prova assume, o può assumere, nei diversi ambiti che in tale giurisdizione si rintracciano. La presenza di questi ambiti e il loro specifico contenuto contribuiscono a connotare il processo dinanzi alla Corte dei conti in termini del tutto peculiari rispetto agli altri processi.

Vi è, però, un ulteriore elemento che merita considerazione, sebbene esso non rappresenti una proprietà esclusiva della giurisdizione contabile, ma risulti in parte comune a questa e a quella amministrativa. Si tratta del ruolo ordinamentale degli apparati o dei principali apparati che esercitano — rispettivamente — la giurisdizione contabile e quella amministrativa. Sia la Corte dei Conti sia il Consiglio di Stato sono infatti apparati ‘incipiti’, vale a dire gli unici due a essere qualificati e classificati dalla Costituzione come “ausiliari” del Parlamento e del Governo, rispettivamente per la funzione di controllo, quanto alla Corte dei

conti, e per la funzione consultiva, quanto al Consiglio di Stato. Ai poteri di controllo e consultivi si aggiungono quelli giurisdizionali, come noto consistenti, per il Consiglio di Stato, nella giurisdizione sulle decisioni dei Tribunali amministrativi regionali in materia di sindacato sul potere amministrativo e, per la Corte dei Conti, nell'esercizio delle giurisdizioni di responsabilità amministrativa, contabilità pubblica, controllo, conto, pensionistica di tipo pubblico, in primo grado, unico grado e/o in grado di appello.

Si può partire dall'ambito articolato di questa giurisdizione per definire il modo in cui tale ambito conforma la consistenza e le caratteristiche del tema dell'onere della prova in riferimento alle funzioni giurisdizionali della Corte dei Conti.

2.1. Segue. Nei giudizi di responsabilità amministrativa.

Nei giudizi di responsabilità amministrativa si distinguono, come noto, una fase preprocessuale, governata dall'attività del Procuratore regionale, e una fase processuale, ove la Sezione giurisdizionale definisce il contenzioso proposto dal Procuratore, quale parte attrice, avverso il pubblico dipendente, quale parte convenuta.

Nella fase preprocessuale il Procuratore regionale acquisisce, autonomamente o su segnalazione di terzi, la c.d. *notitia damni* e, sulla base di tale acquisizione, svolge le indagini, ricercando di propria iniziativa le prove ritenute necessarie. A conclusione di queste attività, notifica al presunto responsabile del danno erariale un invito a dedurre sui fatti e sulle contestazioni che le prove assunte gli hanno consentito di allegare e formulare. In questa fase, nell'esercizio del proprio diritto di difesa, il presunto responsabile può controdedurre e addurre prove o argomenti di prova a tutela della propria posizione. A questo punto alla Procura può residuare un ulteriore spazio, seppur marginale, per integrare la propria attività istruttoria (si v. l'art. 68 del Codice di giustizia contabile). Alla luce delle deduzioni ricevute, o in assenza di deduzioni, gli elementi di cognizione acquisiti dal Procuratore saranno adeguati a consentirgli di decidere se disporre una archiviazione o notificare alla parte convenuta un atto di citazione a

comparire davanti alla Sezione giurisdizionale per l'espletamento del giudizio di responsabilità amministrativa. In questo secondo caso il Procuratore avrà evidentemente rigettato le eventuali controdeduzioni difensive, e potrà averlo fatto in forma esplicita o implicita, come consentito da costante giurisprudenza ⁽¹⁾.

Sull'invito a dedurre la giurisprudenza ha peraltro precisato che esso «si configura come atto procedimentale preprocessuale e si caratterizza per il principio di libertà di contenuto, non essendo assoggettato ad un rigoroso onere della prova a supporto delle contestazioni istruttorie» ⁽²⁾. Tuttavia, pure in presenza, a esempio, di un presunto danno non patrimoniale, in base agli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c., il Procuratore è tenuto a fornire comunque un principio di prova sulla sua esistenza.

In molti casi è la stessa legge a legittimare questa attenuazione dell'onere della prova in capo al p.m. e a riferire invece al pubblico dipendente l'onere di allegare i fatti e provare le circostanze in grado di contestare le condotte e le responsabilità che gli vengono riferite: a esempio, l'art. 1, comma 12, della legge nazionale anticorruzione (n. 190 del 2012) riferisce al RPCT la responsabilità per danno erariale (patrimoniale e all'immagine della p.a.), per l'ipotesi di commissione da parte di terzi, all'interno della p.a. ove egli eserciti l'incarico di RPCT, di un reato di corruzione accertato con sentenza stabilizzata dal giudicato, a meno che egli non provi di avere svolto tutti gli adempimenti indicati dallo stesso art. 1; ancora, l'art. 46 del decreto Trasparenza (n. 33 del 2013) sanziona la violazione degli obblighi di pubblicazione anche con la responsabilità amministrativa (inclusa quella per danno all'immagine), fatta salva la prova contraria, a carico del responsabile, sulla assenza di imputabilità dell'inadempimento ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Si v. - *ex plurimis* - Corte conti, Sez. giur. Regione Toscana, 25 settembre 2023, n. 307, in *Riv. Corte Conti*, 2024, 3, 83 ss.

⁽²⁾ Si v. - *ex plurimis* - Corte conti, Sez. giur. Regione Umbria, 26 ottobre 2003, n. 89, in *Riv. Corte Conti*, 2003, 1, 185.

⁽³⁾ Per un approfondimento si v. G. CARLINO, *Le competenze della Corte dei conti in materia di anticorruzione*, in *Sicurezza e scienze sociali*, 2016, 2, 167 ss.

L'atto di citazione, che deve indicare gli elementi di prova ed essere congruente rispetto all'invito a dedurre e alle eventuali conseguenti controdeduzioni, apre la fase processuale, nella quale il convenuto è chiamato a costituirsi tramite comparsa di risposta, da depositarsi in Cancelleria unitamente alla copia dell'atto di citazione notificato, e all'elenco dei documenti offerti in comunicazione.

L'art. 94 del Codice di giustizia contabile precisa, in particolare, che alle parti si riferisce l'onere di fornire le prove nella loro disponibilità.

La giurisprudenza, sia antecedente sia successiva al Codice del 2023, ha precisato che incombe alla parte pubblica l'onere di provare il fondamento della propria pretesa, *ex art. 2697 c.c.*, non potendo a esempio il Pubblico ministero limitarsi a esprimere considerazioni sui fatti, senza addurre elementi concreti e sostanziali ai fini della dimostrazione del danno subito dall'amministrazione, disattendendo così l'onere — a suo carico — di provare il danno. Al Pubblico ministero spetta in sostanza individuare e provare gli elementi costitutivi della fattispecie della responsabilità amministrativa (elemento soggettivo, danno, nesso di causalità fra condotta dell'agente ed evento): il che si traduce, a esempio, nell'onere di dimostrare che, in ragione dello svolgimento di incarico extraistituzionale non autorizzato, il dipendente pubblico abbia reso all'amministrazione di appartenenza prestazioni quali-quantitativamente inferiori rispetto a quelle dovute in regime di tempo pieno; oppure nell'onere, ancor più leggero, di provare il compimento, in servizio, di attività illecite estranee ai doveri lavorativi, senza necessità di dimostrare che esse abbiano negativamente inciso sulla qualità del servizio ⁽⁴⁾.

Secondo un orientamento meno rigoroso, invece, il Procuratore non sarebbe tenuto a provare tutti gli elementi della fattispecie di responsabilità amministrativa, ma soltanto lo svolgimento

⁽⁴⁾ Si v. — rispettivamente —: Corte conti, Sez. giur. Regione Liguria, 2 marzo 2023, n. 22, in *Riv. Corte dei Conti*, 2023, 2, 210; Id., Sez. giur. Regione Toscana, 17 agosto 2023, n. 270, in *Riv. Corte dei Conti*, 2023, 4, 209.

della condotta tipizzata dal legislatore ⁽⁵⁾. Solo in caso di giudicato penale di condanna a seguito di dibattimento sui medesimi elementi che sarebbero costitutivi della responsabilità amministrativa per la stessa fattispecie concreta, il Procuratore regionale è dispensato dall'onere di provare lo svolgimento della condotta tipizzata, nei limiti individuati dall'art. 651 c.p.p. La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata a seguito di dibattimento ha infatti "efficacia di giudicato relativamente all'accertamento dei fatti materiali e della condotta illecita dell'autore", conseguendo che "nel giudizio contabile va autonomamente accertato se tale comportamento sia stato anche foriero di danno erariale e in quale misura" ⁽⁶⁾. All'altra parte spetta invece l'eventuale prova contraria, per destituire di fondamento gli addebiti che le vengono riferiti ⁽⁷⁾. Ciò può a esempio significare, in una fattispecie di azione di regresso per colpa medica, che incombe sulla parte convenuta la prova del nesso fra la causa esterna, imprevedibile e inevitabile pur usando l'ordinaria diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c., e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale: ne consegue che, se restano indimostrate l'imprevedibilità e l'inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli dell'addebito della responsabilità ricadono sulla parte convenuta ⁽⁸⁾.

Si ritiene invece non raggiunta la prova della condotta illecita della parte convenuta quando l'azione erariale si basa a es. sulle sole risultanze delle indagini penali svolte dalla competente Pro-

⁽⁵⁾ Si v. Corte conti, Sez. III centrale d'appello, 21 ottobre 2022, n. 341, in *Riv. Corte dei Conti*, 2022, 5, 189.

⁽⁶⁾ Si v. Corte conti, Sez. giur. Regione Liguria, 19 marzo 2024, n. 20, in *Riv. Corte dei Conti*, 2024, 2, 189.

⁽⁷⁾ Si v. — per i vari orientamenti richiamati —: Corte conti, Sez. riunite, 7 aprile 1989, n. 610, in *Riv. Corte dei Conti*, 1989, 2, 43; Corte conti, Sez. giur. Regione Puglia, 27 dicembre 2011, n. 1354, in *Dir. e giust. online*, 2012; Corte conti, Sezione I di appello, 20 settembre 1994, n. 136, in *Riv. Corte dei Conti*, 1994, 6, 101; Corte conti, I Sez. giur. di appello, 4 ottobre 2005, n. 305, in *Foro amm. CdS*, 2005, n. 10, 3087; Corte conti, Sez. giur. Regione Liguria, 22 aprile 2024, n. 26, in *Riv. Corte dei Conti*, 2024, n. 2, 190.

⁽⁸⁾ Si v. Corte conti, Sez. II centrale di appello, 20 febbraio 2024, n. 46, in *Riv. Corte dei Conti*, 2024, n. 1.

cura della Repubblica nei casi di successiva dichiarazione di non luogo a procedere per sopraggiunta prescrizione. In queste fattispecie il giudice contabile ammette la possibilità di edificare il proprio libero convincimento anche sugli elementi probatori del procedimento penale, ma valutandoli solo quali presunzioni in base agli artt. 2727 e 2729 c.c. La massima vincolatività riguarda in sostanza le sentenze penali di condanna o assoluzione definite all'esito del dibattimento e assistite dalla stabilità del giudicato, mentre, al di fuori di tali contesti, la valenza delle prove acquisite nell'esercizio dell'azione penale degrada, fino al livello minimo della valutazione alla stregua di corredo documentale da cui poter acquisire elementi utilizzabili *ex art. 116 c.p.c.*

E, comunque, per soffermarsi a esempio su una delle ipotesi più ricorrenti di responsabilità amministrativa, la condanna dell'amministratore pubblico al risarcimento per danno all'immagine dinanzi alla Corte dei Conti in un giudizio di responsabilità non deve necessariamente basarsi su fatti da cui desumere la colpevolezza penale del convenuto, come recentemente affermato dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo, che ha escluso la violazione dell'art. 6, par. 2, Cedu, nei casi in cui la condanna al risarcimento di tale tipo di danno non si correla alla responsabilità penale del convenuto ⁽⁹⁾. Né, dall'altra parte, la positiva valutazione, nell'*an*, della sussistenza di un danno all'immagine della p.a., discende automaticamente dall'esistenza di una sentenza penale irrevocabile ⁽¹⁰⁾.

Si pone peraltro il tema della possibilità di ricavare dagli artt. 1 della legge n. 20 del 1994 e 51 dell'attuale Codice di giustizia contabile, nonché dalla Relazione allo stesso Codice, la conclusione per cui, ove tale positiva valutazione conseguisse alla

⁽⁹⁾ Si v. Corte EDU, Sez. I, 9 marzo 2023, n. 20148/09, in *Riv. Corte Conti*, 2023, 2, 223 ss; S. CALZETTA, *Presunzione di innocenza e danno all'immagine: il caso Rigolio 2*, *ibidem*. Sulla autonomia fra processo penale e processo contabile, anche in punto di onere della prova, si v., *ex plurimis*, Corte conti, Sez. giur. Regione Lazio, 30 ottobre 2023, n. 695, in *Riv. Corte dei Conti*, 2023, n. 5, 245.

⁽¹⁰⁾ Si v. — *ex plurimis* — Corte conti, Sez. giur. Regione Toscana, 25 settembre 2023, n. 307, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti.

responsabilità penale della parte convenuta, una mera richiesta di rinvio a giudizio *ex art.* 129 c.p.p. non sarebbe idonea a legittimare l'avvio della relativa istruttoria da parte del Procuratore regionale, poiché l'assenza di una condanna definitiva violerebbe il principio di non colpevolezza.

Inoltre, se «la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio [...] per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato», al contrario «tale efficacia non può essere riconosciuta nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti», la quale però, in assenza di allegazioni o deduzioni del convenuto sulle «ragioni per cui [...] abbia [...] preferito avvalersi del “patteggiamento”», è «valutabile [...] quale elemento di prova, senza necessità di riscontri esterni. In sostanza la sentenza emessa all'esito di patteggiamento è stata ritenuta utile a fungere da elemento di prova sui fatti-reato in altri processi (nel caso di specie quello civile), presupponendo essa una ammissione di colpevolezza»: il giudice “esterno” che volesse disconoscere tale efficacia dovrebbe pertanto motivare le ragioni della infondatezza della ammissione di responsabilità in sede penale e della conseguente decisione del giudice penale ⁽¹¹⁾.

In sintesi, l'esistenza di una pronuncia di patteggiamento, pur non potendo essere direttamente usata quale prova in altri giudizi, può essere qui tenuta in considerazione, per valutarne le risultanze ai fini del contenzioso che deve essere risolto nella sede extra-penale ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Si v. P. GARGIULO, Relazione all'incontro di Studi su *Gli effetti della riforma Cartabia sull'azionabilità e sulla prova del danno all'immagine nell'ipotesi di reato contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2024, 3, 13 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti, nell'ordine in cui la giurisprudenza è stata qui riportata: Corte conti, Sez. giur. Regione Friuli Venezia-Giulia, 25 agosto 2021, n. 194; Corte conti, Sez. giur. Regione Toscana, 7 dicembre 2011, n. 510; Cass., Sez. Un., 31 luglio 2006, n. 17289.

⁽¹²⁾ Si v. V. MORMANDO, *Introduzione all'incontro di studi su Gli effetti della riforma Cartabia sull'azionabilità e sulla prova del danno all'immagine nell'ipotesi di reato contro la PA*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2024, n. 3, 12 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

Sul punto è però utile introdurre qualche precisazione sulla distinzione tra efficacia probatoria della sentenza di patteggiamento e sua rilevanza quale condizione di ammissibilità del giudizio di responsabilità amministrativa per danno all'immagine della p.a., anche alla luce di quanto si ricava dalla riforma c.d. Cartabia.

Il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 445 c.p.p. dispone in particolare che la sentenza di patteggiamento, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, «non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile». Aggiunge che, «se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza» di patteggiamento «alla sentenza di condanna». Precisa infine che, «salvo quanto previsto dal primo e dal secondo periodo o da diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna».

Esistono, perverso, in proposito, due distinti orientamenti.

In base al primo, il nuovo testo dell'art. 445 c.p.p., quanto agli effetti della pronuncia di patteggiamento nel giudizio di responsabilità erariale per danno all'immagine, confermerebbe e anzi rafforzerebbe gli orientamenti giurisprudenziali antecedenti. L'efficacia probatoria della sentenza di patteggiamento nei giudizi extra-penali è infatti negata non più solo per l'accertamento del fatto e della condotta, ma in genere per ogni suo possibile contenuto, secondo un esito interpretativo cui i predetti orientamenti erano giunti. Nel nuovo art. 445 si precisa, inoltre, che il riferimento ai giudizi extra-penali include quelli amministrativo-contabili, mentre il precedente testo si riferiva genericamente ai giudizi amministrativi.

Infine, il nuovo testo precisa che la sentenza di patteggiamento è equiparata a quella di condanna, tranne che per:

gli effetti probatori;

il contenuto di eventuali leggi diverse da quelle penali, le quali equiparino la sentenza di patteggiamento a quella di condanna.

na, ma unicamente laddove al condannato sia irrogata una pena accessoria, la quale può essere peraltro applicata solo quando la pena principale superi i due anni di detenzione, fatta comunque salva la valutazione facoltativa sulla applicabilità delle pene accessorie *ex art. 317-bis c.p.p.* nei casi di delitti contro la p.a.

Il limite che impedisce l'efficacia probatoria del patteggiamento non si estenderebbe quindi alla sua idoneità a rappresentare presupposto di ammissibilità dell'azione di responsabilità per danno all'immagine, posto che ai fini della ammissibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine troverebbe applicazione la regola generale per cui la sentenza di patteggiamento è equiparata a quella di condanna ⁽¹³⁾.

In base al secondo orientamento, invece, l'art. 445 escluderebbe in genere l'equiparabilità, in sede extra penale, tra sentenza di patteggiamento e sentenza penale di condanna, con la sola eccezione del caso in cui siano applicate pene accessorie, impedendo così, in tutti i casi ove non si versi nella fattispecie derogatoria, di fondare l'ammissibilità di un'azione di responsabilità erariale per danno all'immagine della p.a. su una sentenza di patteggiamento. La ragione risiederebbe nel fatto che l'equiparazione residuale fra sentenza di condanna e sentenza di patteggiamento è contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 445, comma 1-*bis*, ove si precisa — con norma costituente legge diversa da quella penale (essendo tale solo la legge incriminatrice) — che leggi diverse da quelle penali di equiparazione della sentenza di condanna alla sentenza di patteggiamento non producono effetti al di fuori della avvenuta applicazione di pene accessorie: ne conseguirebbe che l'equiparabilità fra i due tipi di sentenza ai fini dell'ammissibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per danno all'immagine sarebbe limitata ai soli casi di avvenuta applicazione di pene accessorie. La sentenza di patteggiamento, fatte salve le eccezioni contemplate dall'art. 445 c.p.p., sarebbe quindi equiparabile a

⁽¹³⁾ Per un approfondimento si v. Corte conti, Sez. giur. Regione Toscana, 25 settembre 2023, n. 307, cit.

quella di condanna solo in ambito penalistico, a es. per l'applicazione di istituti quali la recidiva, l'abitudine, la professionalità nel reato, eccetera ⁽¹⁴⁾.

E, comunque, come affermato dalla giurisprudenza sul danno all'immagine della p.a., pure a voler intendere l'esistenza di una sentenza penale di condanna (o ad essa equiparabile) stabilizzata dal giudicato come condizione di procedibilità dell'azione risarcitoria erariale, tale presupposto non solleva il procuratore regionale, e a seguire il giudice contabile, dall'onere di dimostrare la responsabilità erariale nei suoi elementi costitutivi e la sussistenza del danno nell'*an* e nel *quantum*. Nell'ambito di tali elementi il nesso di causalità fra condotta ed evento consiste, con riferimento al processo per responsabilità amministrativa, così come a quello civile, nel saldo attivo delle probabilità che l'azione od omissione abbiano provocato il danno rispetto alle probabilità negative. Mentre per la responsabilità penale, essendo previste sanzioni che incidono sulla libertà personale e non solo sul patrimonio, questo saldo deve essere non solo attivo/positivo, ma anche qualificato, ossia assestarsi oltre ogni ragionevole dubbio ⁽¹⁵⁾.

Nelle più recenti Relazioni presidenziali tenute alle inaugurazioni dell'Anno giudiziario guardando alle decisioni delle Sezioni giurisdizionali si ribadisce la sussistenza del predetto rapporto fra la prova formata nell'esercizio dell'azione penale e la prova utilizzabile dalla Corte dei Conti; vi si ribadisce inoltre che «spetta alla parte attrice la dimostrazione della [...] fonte di danno e allegare l'inadempimento della controparte»; mentre «sul debi-

⁽¹⁴⁾ Si v. Corte conti, Sez. giur. Regione Friuli Venezia Giulia, 20 maggio 2024, n. 17, in *Riv. Corte dei Conti*, 2024, n. 3, 135 ss., e ivi i rinvii specifici a: Corte conti, Sez. giur. Regione Campania, 4 luglio 2023, n. 409; Corte conti, Sez. giur. Regione Puglia, 21 settembre 2023, n. 270.

⁽¹⁵⁾ Si v. E. PAPA, *Relazione all'incontro di Studi su Gli effetti della riforma Cartabia sull'azionabilità e sulla prova del danno all'immagine nell'ipotesi di reato contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2024, 3, 31 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti: nell'ordine di citazione, *ex plurimis*, Corte conti, Sezione II centr. App., 20 febbraio 2024, n. 45; Corte conti, Sezione III centr. App., 6 dicembre 2023, n. 505; Corte Giust. UE, 15 febbraio 2005, n. 12.

tore graverà l'onere della prova liberatoria dell'inadempimento o, comunque, dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi idonei a paralizzare la domanda di controparte». Si precisa infine che «questo regime probatorio soddisfa esigenze di ordine pratico che derivano dal principio di riferibilità o di vicinanza della prova (art. 94 c.g.c.)», essendo il «soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento [...] in possesso di elementi probatori per contrastare le pretese creditorie» ⁽¹⁶⁾.

In base all'art. 94 del Codice di giustizia contabile il giudice può tuttavia, anche d'ufficio, disporre consulenze tecniche, nonché ordinare alle parti di produrre gli atti e i documenti che ritiene necessari alla decisione, richiedere alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti che siano nella disponibilità della stessa — e la cui acquisizione al processo sia ritenuta necessaria —, procedere in qualunque stato e grado del giudizio all'interrogatorio non formale del convenuto (assistito dal difensore, se costituito), ammettere i mezzi di prova previsti dal Codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento, ossia con le stesse limitazioni previste per il processo amministrativo.

Del resto, già ben prima della entrata in vigore del Codice di giustizia contabile, la giurisprudenza aveva precisato che, allorquando «non vi sia la disponibilità delle prove, è consentito il ricorso al c.d. onere della prova in misura attenuata», il quale «permette di allegare il fatto fornendo dello stesso, quale principio di prova, elementi che abbiano seria consistenza e possano perciò essere acquisiti dal giudice ai fini del decidere» ⁽¹⁷⁾.

L'esclusione riguarda invece le c.d. «prove legali», vale a dire quelle che vincolano il giudice a definire il processo in base al risultato del loro espletamento.

⁽¹⁶⁾ Inaugurazione Anno giudiziario 2023, Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per l'Emilia-Romagna, pp. 78 ss.; Corte conti, Sez. giur. Regione Emilia-Romagna, 23 agosto 2022, n. 143; Corte conti, Sez. giur. Emilia-Romagna, 11 luglio 2022, n. 125, in www.corteconti.it.

⁽¹⁷⁾ Si v. — *ex plurimis* — Corte conti, Sez. centrale di Controllo, 23 giugno 1988, n. 1969, in *Riv. Corte dei Conti*, 1990, 1, 5.

E qui si coglie una prima conseguenza di quanto poc' anzi esposto circa il carattere ausiliario di Corte dei conti e Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale della Repubblica italiana: resta il retaggio, oggi di stampo prevalentemente culturale, secondo cui il "controllore" e il "consulente" dello Stato non possano, neppure quando operano con Sezioni diverse da quelle — rispettivamente — di controllo e consultive, risultare vincolati a definire un contenzioso conformemente al contenuto di una prova 'legale', dovendo invece pur sempre mantenere una certa autonomia nell'attività di *iuris dicere*, ossia di affermazione della regola di diritto da applicare per risolvere il conflitto oggetto del giudizio, in base al loro prudente apprezzamento. Questa autonomia consente, a esempio, di valutare l'efficacia probatoria dei documenti prodotti dalle parti e di rilevare l'inesistenza dei fatti allegati da una parte e non contestati dalle altre parti processuali, nel caso in cui tale inesistenza emerga dagli atti di causa e dal materiale probatorio raccolto ⁽¹⁸⁾.

La disponibilità della prova è invece disciplinata dall'art. 95 del Codice, ove si precisa che la decisione di definizione del giudizio si fonda sulle prove dedotte dalle parti o dal Pubblico ministero, nonché sui fatti allegati e non contestati dalle parti costituite, pur potendo il giudice, in assenza di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza.

Il principio di non contestazione dei fatti allegati non vincola peraltro il giudice, «che può rilevare l'inesistenza della circostanza allegata ove emerga dagli atti di causa e dal materiale probatorio raccolto, dovendo governare le prove secondo il suo prudente apprezzamento; tuttavia, tale principio, pur non costituendo una finzione di dimostrazione del fatto non specificamente contestato, comporta una redistribuzione dell'onere della prova» ⁽¹⁹⁾.

Secondo l'art. 99, infine, la parte che ha chiesto l'ammissione della prova vi decade se non si presenta nel giorno, nell'ora

⁽¹⁸⁾ Si v. Corte conti, Sez. giur. appello Regione Sicilia, 7 marzo 2024, n. 51, in *Riv. Corte dei Conti*, 2024, n. 2, 183.

⁽¹⁹⁾ Si v. Corte conti, Sez. giur. appello Regione Sicilia, 7 marzo 2024, n. 51, cit.

e nel luogo fissati dal Giudice per l'assunzione, salvo che l'altra parte comparsa la richieda, o che il Giudice, su istanza della parte decaduta, revochi all'udienza successiva il provvedimento di decadenza.

2.2. *Segue. Nei giudizi di conto.*

Nei giudizi di conto, disciplinati dagli artt. 137 ss. del Codice e proposti dal Pubblico ministero, la costituzione avviene col deposito del conto, degli allegati e della documentazione giustificativa da parte dell'agente contabile.

In tale contesto la giurisprudenza antecedente al Codice del 2023 ha ritenuto «principio immanente della contabilità pubblica quello per cui colui che riceve un contributo con una finalizzazione specifica deve dar conto dell'impiego che ne fa, provando di aver utilizzando i fondi pubblici per quel determinato scopo»; ne consegue che «sono [...] i convenuti, e non la Procura, a dover provare in giudizio l'inerenza delle spese sostenute» ⁽²⁰⁾. In termini più generali, ai sensi dell'art. 194 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, ancora vigente, la Procura sarebbe tenuta a provare gli elementi costitutivi della responsabilità contabile — come il rapporto di impiego, l'inadempimento degli obblighi legati a tale rapporto e il danno — mentre la parte convenuta ha l'onere di dimostrare l'eventuale esistenza di elementi concreti e puntuali che possano escludere la responsabilità contestatagli ⁽²¹⁾. Anche nelle più recenti Relazioni presidenziali tenute alle inaugurazioni dell'Anno giudiziario guardando alle decisioni delle Sezioni giurisdizionali, si ribadisce che la responsabilità contabile comporta conseguenze

⁽²⁰⁾ Si v. Corte conti, Sez. giur. Regione Calabria, 6 marzo 2020, n. 78, in banca dati *De Jure*, 2020.

⁽²¹⁾ Si v. Corte conti, Sez. giur. Regione Veneto, 27 febbraio 2008, n. 207, in *Foro amm. Tar*, 2008, n. 2, 636. Si v. inoltre Corte conti, III Sez. giur. appello, 13 settembre 2007, n. 249, in *Foro amm. CdS*, 2007, n. 9, 2645; Corte conti, Sez. giur. Regione Sicilia, 2 ottobre 2006, n. 2771, in *Foro amm. Tar*, 2006, n. 10, 3369; Corte conti, Sez. giur. Regione Lombardia, 20 febbraio 2023, n. 27, in *Riv. Corte dei Conti*, 2023, n. 1; Corte dei Conti, Sez. giur. Regione Emilia-Romagna, 9 ottobre 2023, n. 80, in *Riv. Corte dei Conti*, 2023, n. 5, 243.

in termini di inversione dell'onere della prova, la quale non incide però sulla conformazione dell'elemento soggettivo, che è sempre circoscritto al dolo e alla colpa grave. Tuttavia, a differenza che nel caso della «responsabilità amministrativa, ove spetta al pubblico ministero dimostrare il dolo o la colpa grave del presunto autore del danno all'erario, per la responsabilità contabile, l'elemento soggettivo si presume, incombendo sull'agente contabile l'onere di dimostrare a esempio che l'omesso versamento delle somme dovute è da ascrivere a causa di forza maggior e/o caso fortuito al medesimo non imputabile» (22).

È previsto che il giudice fissi un termine per il deposito di documenti prima dell'udienza di discussione, nel corso della quale il Collegio procede nel modo che ritiene più opportuno a eventuale ulteriore attività istruttoria. È il giudice relatore a inoltrare eventuali richieste interlocutorie alla p.a. e all'agente contabile, potendo inoltre procedere a ispezioni e ad accertamenti diretti. Il relatore può altresì nominare consulenti tecnici, previa autorizzazione del Collegio da assumersi in Camera di consiglio.

L'agente contabile può chiedere di essere ascoltato dal Collegio per fornire chiarimenti e svolgere difese.

Durante l'esame giudiziale, il Pubblico ministero non può disporre ulteriori accertamenti istruttori finalizzati a riscontrare la regolarità del conto, salvo che sussistano gravi e urgenti motivi, di cui deve inoltrare pronta e motivata comunicazione alla Sezione giurisdizionale.

2.3. Segue. Negli altri giudizi dinanzi alla Corte dei Conti.

Nei giudizi in unico grado di cui all'art. 11, comma 6, del Codice del processo contabile, promuovibili a istanza di parte con ricorso dinanzi alle Sezioni riunite (a es. in materia di contabilità pubblica per le impugnazioni conseguenti alle delibere delle Sezioni regionali di controllo, e negli altri casi previsti dalla legge),

(22) Inaugurazione Anno giudiziario 2023, Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per l'Emilia-Romagna, 78 ss.

il giudice assegna alle parti il termine di dieci giorni prima dell'udienza per il deposito di memorie, atti e documenti. Ove si renda necessario un supplemento istruttorio, le Sezioni riunite fissano, con ordinanza, il termine per l'espletamento degli incombenenti e la data di udienza in prosecuzione.

Nei giudizi pensionistici, disciplinati dagli artt. 151 ss. del codice, l'atto introduttivo è il ricorso, ove il ricorrente deve indicare i mezzi di prova a sostegno delle proprie allegazioni e richieste. Il convenuto li indica invece nell'atto di costituzione, a pena di decadenza.

All'udienza di discussione il giudice interroga liberamente le parti e tenta la conciliazione, formulando una proposta transattiva; si pronuncia inoltre sui mezzi di prova già proposti e su quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima, consentendo loro di chiedere gli ulteriori strumenti probatori che si rendessero necessari in relazione ai nuovi mezzi ammessi.

Il giudice può peraltro disporre d'ufficio, in qualsiasi momento, l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, a eccezione del giuramento. Qui si assiste, a differenza di quanto visto per il giudizio di responsabilità, a una deroga parziale alla possibilità di far uso delle prove legali: è infatti precluso il giuramento, ma non l'interrogatorio formale. La *ratio* risiede verosimilmente nella natura del giudizio, che riflette, per le pensioni pubbliche, lo stesso tipo di giurisdizione che il giudice civile esercita su quelle private. In tale contesto si sono a esempio ritenute ammissibili anche le prove indiziarie, alla luce a esempio della circostanza che l'individuazione del nesso di causalità fra il servizio prestato e la malattia professionale sopraggiunta implichì, per la sua affermazione, come in ogni caso di condotta illecita, un rapporto fra causa ed evento non di certezza assoluta, ma di natura probabilistica, da intendersi in senso logico-qualitativo e non statistico-quantitativo (fattispecie sulla dipendenza da causa di servizio di una malattia tumorale di militare in missione all'estero, ai sensi dell'art. 67 del d.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1092, recante il t.u. delle norme sul trattamento

di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato) ⁽²³⁾.

Gli altri giudizi a istanza di parte, disciplinati dagli artt. 172 ss. del Codice (a es. quelli previsti dalla legge in materia di contabilità pubblica), si introducono con ricorso, che viene quindi notificato alla controparte unitamente al decreto di fissazione udienza. È previsto l'intervento del Pubblico ministero, che, compiute le attività istruttorie ritenute necessarie, formula le sue conclusioni e le deposita nella Segreteria della Sezione.

Quanto infine alle *impugnazioni*, L'art. 194 esclude che nel giudizio d'appello siano ammessi nuovi mezzi di prova e prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa a essa non imputabile.

3. Giudice, parti e onere della prova: *focus* sul ruolo dei Procuratori regionali presso la Corte dei conti.

Al paragrafo precedente si è visto che il Pubblico ministero, nei casi in cui esercita un ruolo e/o comunque interviene, al pari delle (altre ⁽²⁴⁾) parti, è destinatario dell'onere di introdurre le prove idonee a fondare le proprie allegazioni e domande, in un contesto ove peraltro i poteri istruttori che il giudice può esercitare d'ufficio sono significativi: la *ratio* dell'ampiezza di questi poteri viene comunemente individuata — sia per il processo contabile sia per quello amministrativo — in una esigenza di garanzia della parte “privata”, ossia nella circostanza che — discutendosi di potere amministrativo o comunque di vicende implicanti l'esercizio di compiti dell'amministrazione pubblica — la parte privata può materialmente trovarsi nella impossibilità, oppure nella oggettiva difficoltà, di procurarsi fonti di prova nella disponibilità dell'amministrazione.

⁽²³⁾ Si v. Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Toscana, 25 gennaio 2023, n. 25, in *Riv. Corte dei Conti*, 2023, n. 1.

⁽²⁴⁾ L'art. 95 del Codice di giustizia contabile, nel disciplinare la disponibilità della prova, si riferisce peraltro alle prove dedotte dalle parti o dal Pubblico ministero, mostrando, con l'uso della congiunzione disgiuntiva, di non accomunare il PM a una parte.

La relazione al codice consente di approfondire il tema del rapporto fra il Pubblico ministero e la questione della prova.

In particolare la relazione precisa che il codice non introduce nuovi o diversi poteri istruttori del Procuratore generale, oltre quelli che gli erano già attribuiti. La finalità della nuova disciplina è invece di dettagliare tali poteri, prevedendo parallelamente le garanzie della difesa sin dalla fase istruttoria.

Rappresenta però una importante novità l'art. 55, nella parte in cui dispone che il Pubblico ministero, oltre a compiere ogni attività utile ad acquisire gli elementi necessari all'esercizio dell'azione erariale, svolge accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona individuata come presunta responsabile del danno. In questo modo si è resa esplicita la previsione secondo la quale il Pubblico ministero contabile non deve attivarsi solo per provare gli elementi a sostegno dell'accusa, ma anche per ricercare elementi a favore del presunto responsabile del danno erariale. La norma non va letta come deroga al principio generale in tema di onere probatorio e va considerata a sistema rispetto alla prescrizione contenuta nell'articolo 67, comma 7, ove si prevede che l'attività istruttoria del Pubblico ministero contabile successiva all'invito a dedurre debba trovare fondamento nelle argomentazioni difensive acquisite in sede di controdeduzioni o di audizione personale dell'invitato. Ciò in quanto la determinazione di una assoluta separazione fra le attività istruttorie antecedenti l'invito a dedurre e quelle successive avrebbe compromesso il diritto di difesa delle parti e l'interesse all'accertamento di una verità processuale corrispondente a quella sostanziale.

La previsione in argomento è peraltro comune al sistema processual-penalistico, nel quale l'art. 358 c.p.p. dispone che il Pubblico ministero ricerca prove anche a favore dell'indagato, pur se la norma risulta, nella prassi, generalmente inapplicata, contribuendosi così a determinare uno squilibrio fra accusa e difesa. Un aspetto che pare meritevole di approfondimento riguarda la natura della prescrizione, e in particolare la questione se essa individui un *dovere* oppure un *obbligo*. Un ausilio a sciogliere l'interrogati-

vo a favore del *dovere* può derivare dall'esame della ordinanza n. 96 del 1997, con la quale la Consulta, nel definire la questione di legittimità costituzionale sollevata avverso tale previsione per difetto di sanzione, e conseguenti violazioni del principio di parità fra accusa e difesa indicato dalla legge delega, del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e del principio di non colpevolezza *ex art. 27 Cost.* e, pur utilizzando talvolta nella forma il termine "obbligo", ha dichiarato manifestamente infondata la questione in ragione dei seguenti motivi.

In base al primo motivo, le censure del giudice *a quo* rimettente sono state ritenute incompatibili "con il modello tendenzialmente accusatorio del processo penale, qualificato come processo di parti proprio perché basato su una chiara distinzione dei ruoli dialetticamente contrapposti rispettivamente svolti dall'accusa e dalla difesa", non potendosi "attribuire al pubblico ministero compiti e funzioni che nell'architettura del codice spettano piuttosto alla difesa".

In base al secondo motivo, «nella logica dell'attuale processo penale l'obbligo del pubblico ministero di svolgere indagini anche in favore della persona sottoposta alle indagini non mira né a realizzare il principio di eguaglianza tra accusa e difesa, né a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa [...] e sui compiti che il pubblico ministero è chiamato ad assolvere nell'ambito delle determinazioni che [...] deve assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale», non essendo necessario esercitare l'azione «ogni qualvolta il pubblico ministero sia stato raggiunto da una notizia di reato», dovendosi invece anche «evitare l'instaurazione di un processo superfluo».

In base al terzo motivo, l'obbligo di svolgere accertamenti a favore della persona sottoposta alle indagini è «strettamente correlato alla disciplina codicistica che pone al pubblico ministero l'alternativa, al termine delle indagini preliminari, tra la richiesta di archiviazione e l'esercizio dell'azione penale».

In base all'ultimo motivo, «il principio di parità tra accusa e difesa trova piuttosto esplicazione nei diversi meccanismi previ-

sti nelle varie fasi del procedimento per dare piena attuazione al diritto di difesa, tra cui le investigazioni difensive [...], espressamente finalizzate all'esercizio del diritto alla prova».

A sua volta, l'art. 507 c.p.p. dispone che il giudice del dibattimento può assumere d'ufficio nuovi mezzi di prova se strettamente necessario: trattasi di previsione in sostanza corrispondente a quella contenuta nell'art. 94 del Codice del processo contabile, ai sensi del quale, pur essendo onere delle parti fornire prove che siano nella loro disponibilità, il giudice può, anche d'ufficio, disporre consulenze tecniche, ordinare alle parti di produrre gli atti e i documenti che ritiene necessari alla decisione, richiedere alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti che siano nella disponibilità della stessa — e la cui acquisizione al processo sia ritenuta necessaria —, procedere in qualunque stato e grado del giudizio all'interrogatorio non formale del convenuto (assistito dal difensore, se costituito), ammettere i mezzi di prova previsti dal Codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento, ossia con le stesse limitazioni previste per il processo amministrativo.

A questo punto occorrerebbe però chiedersi: da un lato se, in tali contesti (processo contabile e processo penale), il giudice che interviene d'ufficio per introdurre prove perde la sua terzietà; dall'altro lato se il Pubblico ministero, cui viene riferito l'onere della prova, sia pienamente parte.

In sintesi, può la facoltà del giudice di introdurre d'ufficio il materiale probatorio incidere e, in caso affermativo, in quale misura, sulla sua terzietà e sulla sua imparzialità?

E, dall'altro lato, qual è il ruolo del Pubblico ministero in relazione al nuovo art. 55 del Codice del processo contabile? Il dovere di ricercare la prova anche a favore della persona individuata come presunta responsabile del danno erariale lo allontana dal ruolo di parte che formalmente pare gli si attribuisca in specie con riferimento all'onere della prova?

La finalità di queste domande risiede anche nella necessità di favorire una più ampia riflessione sul rapporto trilatero fra il Giudice, il Pubblico ministero e l'altra parte.

Intanto si può osservare che il raffronto fra l'art. 358 c.p.p. e l'art. 55 del Codice del processo contabile consente di rilevare una differenza fra onere della prova e dovere di fornire le prove: da ambedue le disposizioni si ricava che l'onere presuppone la disponibilità della situazione soggettiva cui esso si riferisce, ed è strumentale a conseguire un vantaggio; invece al Pubblico ministero è riferito il dovere di fornire le prove per esercitare l'azione, anch'essa doverosa.

4. Riflessioni di sintesi e prospettiche.

Si può ora tentare di trarre qualche riflessione di sintesi e prospettica da quanto emerso nelle pagine che precedono, soprattutto con riferimento ai giudizi contabili in cui interviene il PM, che sono quelli più ricorrenti e generativi di questioni problematiche.

Un primo aspetto riguarda la fase preprocessuale dei giudizi di responsabilità amministrativa. Si è visto che in questo ambito il Pubblico ministero svolge le indagini, ricercando le prove ritenute necessarie all'esercizio delle proprie funzioni. Fra tali compiti si inserisce l'invio al presunto responsabile di un invito a dedurre, affinché egli possa prendere posizione, con l'introduzione di prove o argomenti di prova, avverso le accuse contestategli. A questo punto alla Procura può tuttavia residuare un ulteriore spazio per integrare la propria attività istruttoria. Tale facoltà è idonea a rappresentare un elemento di squilibrio fra la parte che promuove l'azione e quella che vi si oppone.

Un ulteriore elemento di squilibrio può derivare dalla circostanza che la giurisprudenza, e talvolta anche alcune leggi speciali, non assoggettino l'invito a dedurre, in ragione della sua natura di atto preprocessuale, a un rigoroso onere della prova, ritenendo sufficiente a sostenerlo un mero principio di prova, mentre invece al pubblico dipendente la normativa anticorruzione riferisce in alcuni casi una sorta di responsabilità erariale oggettiva, superabile solo osservando l'onere di allegare i fatti e di provare le circostanze in grado di contestare gli addebiti che gli vengono riferiti, a esempio dimostrando l'assenza di imputabilità dell'i-

nadempimento, o dimostrando di aver svolto tutte le attività prescritte dalla legge.

Inoltre, mentre nell'ipotesi di responsabilità amministrativa al Pubblico ministero si riferisce l'onere di dimostrare l'elemento soggettivo che ha caratterizzato la condotta del pubblico dipendente (in via attenuata nella fase processuale e piena in quella processuale), al contrario, in caso di responsabilità contabile, l'elemento soggettivo della parte destinataria dell'invito o convenuta si presume, incombendo su di essa l'onere di dimostrare l'assenza di imputabilità, a es. per forza maggiore, o caso fortuito, o in ragione di ulteriori elementi, come l'inerenza delle spese sostenute agli usi consentiti dalla legge.

Gli elementi di squilibrio fra le parti si rilevano quindi da più prospettive.

A ben vedere, peraltro, è lo stesso Codice di giustizia contabile a evitare l'equiparazione del Pubblico ministero a una parte: lo si ricava a esempio dall'art. 95, il quale, nel disciplinare la disponibilità della prova, precisa che la definizione del giudizio si fonda sulle prove dedotte dalle parti o dal Pubblico ministero, denotando evidentemente, con il ricorso alla disgiuntiva "o", che il PM non è inteso alla stregua di una parte. In questo ambito l'uso del plurale (le "parti") non risulta peraltro dissonante, posto che, pur se il PM è un centro di interesse non esattamente sovrapponibile a quello di una parte processuale, le (altre) "parti", nei giudizi ove non interviene il PM (come quelli in unico grado o pensionistici *ex* artt. 11 e 151 ss. del Codice), ma anche in alcuni di quelli ove il PM interviene (si pensi agli altri giudizi a istanza di parte *ex* artt. 172 ss. del Codice), sono più di una.

Ulteriore argomento a supporto della conclusione della non esatta sovrapponibilità del PM a una parte si trae dalla riforma che il Codice ha introdotto all'art. 55, laddove dispone che il Pubblico ministero, oltre a compiere ogni attività utile ad acquisire gli elementi necessari all'esercizio dell'azione erariale, svolge accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona individuata come presunta responsabile del danno. Come si è visto, si

tratta di norma comune al sistema processual-penalistico, ove una disposizione analoga è contenuta all'art. 358 c.p.p., il quale risulta però scarsamente applicato. Si tratta, perverso, di previsione comunemente intesa quale strumento per riequilibrare i rapporti di forza fra accusa e difesa, che si ritengono sbilanciati a favore dell'accusa. Tuttavia, con riferimento ad ambedue i casi del giudizio penale e di quello contabile, emerge con maggiore evidenza la conclusione secondo cui una previsione di questo tipo rimarca che l'apparato cui essa si riferisce (il PM, appunto) non è evidentemente considerato una parte processuale nel senso stretto del termine, vale a dire come centro di interessi distinto da altri centri di interesse all'interno del processo o del procedimento che lo precede.

Tornando ora al solo processo contabile, quanto appena rilevato determina, nei giudizi ove interviene il PM, un particolare assetto dei rapporti fra accusa, difesa e apparato giudicante, anche alla luce del potere del giudice di intervenire d'ufficio per introdurre le prove necessarie a esercitare la giurisdizione. Esiste evidentemente il rischio che tale facoltà, pur se prevista a favore della parte privata per sopperire alla possibile difficoltà di acquisire strumenti probatori nella materiale disponibilità dell'amministrazione, comprometta la terzietà e l'imparzialità del giudice.

Si verifica in sostanza che alcuni elementi, pur se previsti per riequilibrare il rapporto fra accusa e difesa (ritenuto sbilanciato a favore dell'accusa), e per ridurre lo svantaggio del privato nella ricerca della prova, possono favorire il disallineamento fra la funzione del PM e il suo affermato ruolo di 'parte', nonché l'allentamento dei principi di terzietà e di imparzialità del giudice: si tratta di effetti inesistenti, sottovalutati, o consapevolmente determinati dal fatto che nel giudizio contabile il dipendente sarebbe maggiormente garantito da un PM e da un giudice più attenti, in concreto, alla sua condizione sostanziale e processuale?

PRIMA SESSIONE – L'ONERE DELLA PROVA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E CONTABILE

PROCESSO AMMINISTRATIVO

La distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo amministrativo e la rilevanza dell'intervento del giudice

di ENRICO FOLLIERI

SOMMARIO: 1. Gli elementi generali rilevanti per l'acquisizione e la prova dei "fatti". — 2. La prova del fatto nel processo amministrativo. — 3. L'azione costitutiva di annullamento, quando il ricorrente non contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione. — 4. L'azione costitutiva di annullamento, quando il ricorrente contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione o l'attendibilità delle soluzioni tecniche. — 5. L'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi. — 6. Conclusioni.

1. Gli elementi generali rilevanti per l'acquisizione e la prova dei "fatti".

La prova è volta a dimostrare che i fatti introdotti nel processo sono conformi al dato reale.

Ogni processo deve prevedere:

- a) come si devono introdurre i fatti nel processo;
- b) chi li può introdurre;
- c) chi li deve provare;
- d) il ruolo del giudice.

2. La prova del fatto nel processo amministrativo.

Se questi sono gli elementi generali rilevanti in ogni processo, per quello amministrativo vi è una peculiarità perché il fat-

to, quando si promuove l'azione costitutiva di annullamento, è acquisito attraverso l'accertamento eseguito dalla pubblica amministrazione con gli atti del procedimento e con l'atto che lo definisce (provvedimento o accordo o in altro modo previsto dalla legge) che intervengono prima del processo.

Questo dato di partenza condiziona i principi e le regole che disciplinano la prova e la parte che ne è onerata, nonché i poteri officiosi del giudice.

Quando si agisce, invece, per la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi o di diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva, muta il quadro del fatto, della prova e del relativo onere.

Nell'azione risarcitoria vi è: una componente che attiene all'azione amministrativa e, quindi, al procedimento ed all'atto conclusivo, per cui si riproduce la stessa situazione, quanto al fatto ed all'onere della prova, dell'azione costitutiva, se la sola illegittimità degli atti e non anche dei comportamenti dell'amministrazione, contestuali o successivi, integrino il fatto illecito; il rapporto di causalità tra fatto illecito e danno; l'evento dannoso ingiusto; il danno patrimoniale; la quantificazione di quest'ultimo e l'eventuale elemento soggettivo (se si ritiene necessario oltre all'accertata illegittimità dell'azione amministrativa) (1).

Gli elementi della fattispecie risarcitoria richiedono un accesso diretto al fatto che non è "filtrato" attraverso il procedimento amministrativo e il suo atto conclusivo; qui il fatto va accertato e provato nel processo e le prove precostituite hanno un ruolo decisamente secondario.

La pubblica amministrazione, nell'esercizio della sua azione autoritativa formalizzata nel procedimento e nel suo atto conclusivo, non raccoglie (non ha ragione di farlo) elementi per l'affermazione della sua responsabilità e per la quantificazione del danno.

(1) Si segue la tesi più diffusa nella giurisprudenza, anche se è opinabile che si tratti di responsabilità extra contrattuale che trova disciplina nell'art. 2043 c.c.

Nell'azione di condanna al risarcimento dei danni, si è in presenza di un quadro di accertamento del fatto e probatorio diverso da quello che si delinea nell'azione costitutiva di annullamento, con l'affermazione di principi e regole diversi, quanto all'onere probatorio delle parti ed ai poteri del giudice.

Occorre quindi trattare distintamente l'argomento, in relazione all'azione di annullamento e a quella di condanna al risarcimento dei danni.

3. L'azione costitutiva di annullamento, quando il ricorrente non contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione.

L'azione di annullamento dell'atto amministrativo era l'unica tutela giurisdizionale in sede di legittimità, quando nel 1889 è stata istituita la Sezione Quarta, lo è stata per lungo tempo ⁽²⁾ e, ancora oggi, è prevalente rispetto al più ampio ventaglio di azioni introdotto dal codice del processo amministrativo.

Nel T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 26 giugno 1924 n. 1054, l'art. 44, riproduttivo delle disposizioni della legge del 1889, per l'istruttoria stabiliva che «Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso, riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleto, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti», può disporre i mezzi di prova previsti.

L'istruttoria è stata disciplinata positivamente come eventuale perché il materiale ricostruttivo del fatto (e le relative prove se necessarie) sono raccolte prima del processo dalla pubblica amministrazione, tanto che un'interessante monografia del 1994, centrata su «La prova nel processo amministrativo» ⁽³⁾, ha dovuto

⁽²⁾ Il legislatore ha previsto «timidamente» un'azione di condanna solo con la legge n. 1034/71 di istituzione dei Tribunali amministrativi regionali.

⁽³⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, che richiama nella nota n. 2 di pag. 2 dottrina autorevole che ha evidenziato la superfluità, se non addirittura la dannosità, di una fase istruttoria che dilaterrebbe i tempi del giudizio il quale perderebbe la snellezza e la concentrazione in una sola udienza: E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 250; R. LASCHENA, *Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 47; G. PALEOLOGO, *La decisione*

esporre le ragioni della rilevanza e centralità dell'istruttoria ⁽⁴⁾.

Il fatto, nell'azione di annullamento, è, innanzitutto, quello che risulta dagli accertamenti e verifiche svolti dall'azione autoritativa e che si estrinseca nel procedimento e la sua conclusione, secondo le scansioni proprie regolate dalla legge.

Non deve destare meraviglia che l'introduzione del fatto nel processo amministrativo abbia ancora oggi, come soggetto privilegiato, la pubblica amministrazione che, nel costituirsi in giudizio, «deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio» ⁽⁵⁾ e che «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» ⁽⁶⁾.

Normalmente, il processo amministrativo valuta la legittimità dell'azione amministrativa, esaminando il procedimento amministrativo e l'atto conclusivo, senza dover accertare nel processo i fatti, utilizzando le c.d. prove precostituite che l'amministrazione resistente deve depositare in giudizio e, in mancanza, il giudice ne dispone d'ufficio l'acquisizione.

Un primo rilevante elemento è, dunque, che il fatto è introdotto nel giudizio ad opera di una delle parti in causa, la pubblica amministrazione ⁽⁷⁾, salvo le contestazioni del ricorrente di cui si dirà appresso.

Ciò accade perché il giudice amministrativo esercita la giurisdizione nei confronti degli atti di un pubblico potere, dotato di autorità.

Sarebbe inconcepibile un processo che si basi essenzialmente sugli atti di una sola parte, se questi non fosse un pubblico potere autoritativo.

giurisdizionale amministrativa, in Dinieghi ed ammissioni della p.a. e poteri del giudice amministrativo, Atti del convegno tenutosi a Brescia il 20-21 ottobre 1989.

⁽⁴⁾ C.E. GALLO, *op. cit.*, 1-16, quasi per "giustificare" la ricerca.

⁽⁵⁾ Art. 46, comma 2, c.p.a.

⁽⁶⁾ Art. 64, comma 3, c.p.a.

⁽⁷⁾ C.E. GALLO, *op. cit.*, 48, osserva che l'amministrazione deve depositare gli atti in giudizio per dimostrare la legittimità del provvedimento.

Un altro elemento è che il giudice ha il potere di disporre l'acquisizione degli atti amministrativi.

Questo assetto probatorio ha portato autorevole dottrina degli anni cinquanta del secolo scorso a definire il processo amministrativo come un processo dispositivo con metodo acquisitivo ⁽⁸⁾ che è formula tutt'ora seguita dalla giurisprudenza ⁽⁹⁾.

Il ricorrente deve cioè indicare un principio di prova che legittimi il giudice all'esercizio del potere acquisitivo.

Condivido quanto rilevato in dottrina che il principio di prova che deve addurre il ricorrente sia semplicemente l'onere «di rappresentare in modo apprezzabile e apparentemente coerente le proprie censure, in modo da consentire al giudice di attribuire serietà all'impugnazione e di procedere alla valutazione della sua fondatezza» ⁽¹⁰⁾.

Se, infatti, il giudice ha cognizione del fatto attraverso le prove precostituite dalla pubblica amministrazione, non c'è spazio per una prova in senso tecnico, fornita dal ricorrente; il principio di prova non può che riguardare la serietà delle allegazioni di fatto e di diritto contenute nel ricorso.

Può definirsi principio di prova, se si vuole fare riferimento all'introduzione, da parte del ricorrente, del fatto nel processo che, certamente, è nei poteri di tale parte il cui atto introduttivo deve rispettare il contenuto dettato dall'art. 40 c.p.a. ⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 149, definizione ripresa da quasi tutta la dottrina successiva e dalla giurisprudenza.

⁽⁹⁾ Cons. Stato, Sez. II, 10 luglio 2024, n. 6182: «L'onere della prova gravante sul ricorrente, imposto dall'art. 40, comma 1, lett. c), c.p.a., in rapporto all'art. 64, comma 1, c.p.a., può fondarsi su elementi indiziari, purché essi siano dotati della attendibilità sufficiente a costruire un principio di prova plausibile e idoneo a legittimare l'attività acquisitiva del giudice», motiv. par. 5.6; Cons. Stato, Sez. VII, 30 luglio 2024, n. 6854; Cons. Stato, Sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649; Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021, n. 5560; Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2021, n. 218; autorevolmente: Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2014, n. 32 e numerose altre.

⁽¹⁰⁾ C.E. GALLO, *op. cit.*, 49 che, alla nota 93, richiama l'opinione conforme di M. NIGRO e di E. CANNADA-BARTOLI.

⁽¹¹⁾ L'art. 40 c.p.a. prevede che il ricorso debba contenere, tra l'altro: l'oggetto della domanda, lett. b); l'esposizione sommaria dei fatti, lett. c); e i motivi specifici su cui si fonda il ricorso, lett. d), che, nell'insieme, danno consistenza e coerenza alla domanda

Quando il ricorrente non contesti l'accertamento (storico) dei fatti ⁽¹²⁾, la distribuzione tra le parti dei momenti fondamentali per l'acquisizione e la prova dei fatti è così organizzata: il ricorrente introduce i fatti, secondo l'accertamento operato dall'amministrazione, deducendo vizi di legittimità dell'azione amministrativa, il resistente deposita in giudizio gli atti del procedimento e quello conclusivo che provano tali fatti.

Qui l'onere di provare i fatti che il ricorrente affermi sulla base degli accertamenti eseguiti dall'amministrazione è di quest'ultima, non del ricorrente, tanto che il giudice può disporre l'acquisizione di «informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione», ai sensi del terzo comma dell'art. 64 c.p.a., quando l'amministrazione resistente abbia eluso, totalmente o parzialmente, l'onere dell'amministrazione di produrre «eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio», come dispone il secondo comma dell'art. 46 c.p.a.

L'intervento del giudice che dispone l'acquisizione è volto a supplire alla violazione dell'onere di deposito da parte dell'amministrazione resistente, per cui il metodo acquisitivo evita che le allegazioni del ricorrente possano essere poste a base della decisione, senza il conforto delle prove precostituite.

Ciò significa che, nell'azione di annullamento, quando il ricorrente non contesti i fatti come acquisiti dall'amministrazione resistente nel procedimento (ed è la normalità dei casi):

- a) i fatti giungono al processo attraverso l'accertamento eseguito dall'amministrazione prima del processo;
- b) la prova è quella precostituita dalla pubblica amministrazione, non si forma nel processo ed è onere della parte resistente

che consente al giudice di apprezzare la serietà dell'impugnazione e la presenza del c.d. principio di prova.

⁽¹²⁾ L'accertamento dei fatti è contestato dal ricorso quando si censuri l'errore di fatto, non il travisamento dei fatti che riguarda l'interpretazione (travisata) dei dati reali la cui storicità ed esistenza non viene posta in discussione.

- depositare gli atti e quindi dare la prova;
- c) il ricorrente ha l'onere di esporre sommariamente i fatti e dedurre i motivi, indicando l'eventuale provvedimento impugnato, senza alcun onere di versare in giudizio gli atti, nemmeno quello di cui si chieda l'annullamento;
 - d) il giudice, di fronte alla serietà dell'impugnativa, può ordinare all'amministrazione, nel rispetto del suo preciso onere processuale, di depositare gli atti in suo possesso nel giudizio, utilizzando i poteri di ufficio; l'acquisizione è disposta per tutelare la pubblica amministrazione perché, diversamente, il giudice deve ritenere fondata la domanda del ricorrente; il metodo acquisitivo giova alla pubblica amministrazione e supplisce alla sua inadempienza processuale rispetto all'onere della prova.

L'onere della prova è posto a carico dell'amministrazione perché è conseguente ad un processo che giudica gli atti di un pubblico potere autoritativo che sono nella disponibilità dell'amministrazione.

Non è paradossale che l'onere della prova non incomba a *ei qui dicit*, il ricorrente, ma all'amministrazione resistente, perché quest'ultima, prima del processo, ha esercitato il potere che ha inciso sull'interesse legittimo oppositivo del ricorrente, sacrificandolo, ovvero sull'interesse protensivo, negandone la soddisfazione. Il processo amministrativo deve verificare se il sacrificio della situazione giuridica soggettiva, oppositiva o pretensiva, sia intervenuto legittimamente attraverso l'adozione degli atti procedurali e del suo atto conclusivo, esercizio del potere autoritativo che va giustificato.

Per il controinteressato, rileva la distribuzione dell'onere della prova, quando promuova il ricorso incidentale e si trova nella stessa posizione che ha il ricorrente principale con la pubblica amministrazione e con il giudice.

4. L'azione costitutiva di annullamento, quando il ricorrente contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione o l'attendibilità delle soluzioni tecniche.

Il ricorrente può dedurre che: i fatti accertati dall'amministrazione non siano conformi alla realtà; gli accertamenti dello stato dei luoghi non rispondano alla effettiva situazione; i rilievi ed i giudizi tecnici dell'amministrazione non siano attendibili; in una parola, nel ricorso può essere contestato qualsiasi accertamento, ricostruzione e giudizio tecnico (oltre, ovviamente, il quadro normativo di riferimento) ed il codice del processo amministrativo consente l'esperimento di tutti i mezzi di prova ammessi nel processo civile (ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento), per rendere le risultanze processuali il più aderente possibile alla realtà.

Il codice del processo amministrativo non presenta le limitazioni proprie dell'art. 44 del T.U. n. 1054 del 1924 sul Consiglio di Stato che, per superare le contraddittorietà e l'incompletezza dell'istruttoria svolta dalla pubblica amministrazione, stabiliva che il giudice «può richiedere all'amministrazione interessata nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni».

Già con l'art. 16 della L. n. 205/2000, è stata aggiunta la previsione che il giudice amministrativo può «disporre consulenza tecnica», aprendo l'istruttoria, prima privilegio dell'amministrazione resistente, a soggetti terzi e il codice del processo amministrativo ha completato questa evoluzione, più rispettosa dei canoni del giusto processo, anche coinvolgendo il ricorrente ed il controinteressato nell'espletamento.

Infatti, il giudice: «può chiedere alle parti», non più alla sola parte resistente, «anche d'ufficio chiarimenti o documenti» ⁽¹³⁾; «anche d'ufficio, può ordinare anche a terzi», non soltanto alle parti del processo, «di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario» secondo gli articoli 210 e ss. c.p.c. e può «di-

(13) Art. 63, comma 1, c.p.a.

sporre l'ispezione ai sensi dell'art. 118 c.p.c.»⁽¹⁴⁾; «qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche», «può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica»⁽¹⁵⁾; «può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento»⁽¹⁶⁾; «può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione»⁽¹⁷⁾.

Il giudice può disporre l'assunzione dei mezzi di prova, senza che le parti lo richiedano, poiché sono poteri che esercita d'ufficio, come espressamente specificato nelle disposizioni del codice di rito, anche per la consulenza tecnica e per le verificazioni ai sensi dell'art. 19 c.p.a. che, peraltro, individua soggetti terzi, rispetto alle parti, non solo per il conferimento dell'incarico di consulenza, ma anche per la verifica che «è affidata a un organismo pubblico, estraneo alle parti del giudizio»⁽¹⁸⁾.

Si ha conferma dal terzo comma dell'art. 63: «Su istanza di parte il giudice può ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta».

Il giudice non può disporre d'ufficio soltanto la prova testimoniale.

Se il principio dispositivo viene richiamato in un inciso del primo comma dell'art. 63, «fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può...», il complesso delle disposizioni attribuisce al magistrato ampi poteri d'ufficio che, a seconda delle situazioni e dei singoli giudici, possono risultare anche molto in-

⁽¹⁴⁾ Art. 63, comma 2, c.p.a.

⁽¹⁵⁾ Art. 63, comma 4, c.p.a.

⁽¹⁶⁾ Art. 63, comma 5 c.p.a.

⁽¹⁷⁾ Art. 64, comma 3, c.p.a.

⁽¹⁸⁾ Art. 19, comma 2, c.p.a. Sulla consulenza tecnica e la verifica, cfr., da ultimo: M. LISANTI, *Verificazione e consulenza tecnica. Ipotesi per una pacifica convivenza?*, in *Dir. e proc. amm.* 2024, 221 ss.

cisivi, snaturando il sistema dispositivo del processo ⁽¹⁹⁾.

Il sistema probatorio, nel caso di azione di annullamento nella quale si contesti il fatto come accertato dalla pubblica amministrazione e le risultanze di natura tecnica, per il ricorrente (e il controinteressato ricorrente incidentale) è il medesimo di quello descritto innanzi; è diverso, invece, per la pubblica amministrazione resistente.

Infatti, di fronte ad un ricorso dal contenuto coerente e di cui si avverta la serietà dell'impugnazione (quello che si indica come "principio di prova"), il giudice può procedere d'ufficio a richiedere: chiarimenti nei confronti di tutte le parti; acquisire documenti, anche detenuti da terzi; ispezioni a mezzo di autorità terze rispetto alle parti in causa; verificazioni e consulenze tecniche, esercitando quello che si definisce il potere acquisitivo.

In queste ipotesi, non vi è onere della prova né del ricorrente (o del controinteressato quando proponga ricorso incidentale) né dell'amministrazione resistente, (tranne che per gli atti nella sua disponibilità), ma è il giudice che, con i poteri attribuitigli dal codice di rito, può riscontrare la conformità alla realtà e l'attendibilità delle soluzioni tecniche, acquisendo così la prova necessaria a dare fondamento alle domande.

Certamente, le parti possono proporre i mezzi di prova necessari a confortare le allegazioni proposte e il giudice dovrà pren-

(19) Il "rischio" dei poteri d'ufficio per la istruttoria si coglie in recenti pronunzie giurisprudenziali che accedono agli *open data* delle amministrazioni per assumere notizie che confortano la decisione, senza renderlo noto alle parti che non hanno possibilità di interloquire sui dati così acquisiti, in patente violazione dei principi del giusto processo; cfr. F. FOLLIERI, *Open data e decisioni del giudice amministrativo*, relazione al Convegno dal titolo "Il giudice amministrativo al cospetto della trasformazione digitale", svoltosi presso la L.U.M. Giuseppe De Gennaro, Casamassima (BA) il 27 e 28 settembre 2024, in corso di pubblicazione, ove sono richiamate: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 7 marzo 2024 n. 1537; Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 5610.

Il processo amministrativo in questo modo perde il carattere dispositivo a favore di una impostazione dirigistica nella quale le posizioni delle parti ed il contraddittorio vengono superati in funzione della realizzazione di interessi che il giudice si arbitra di ritenere meritevoli.

dere posizione su tali richieste ma, in mancanza, il giudice può provvedere d'ufficio, disponendo l'assunzione delle prove ritenute necessarie, in presenza di un "principio di prova".

Anche qui, il ricorrente (e il controinteressato ricorrente incidentale) non è caricato dell'onere della prova che può essere disposta dal giudice; ma nemmeno la pubblica amministrazione è onerata della prova.

La *ratio* di tali previsioni è nel dato di base che il processo si svolge nei confronti di atti amministrativi autoritativi che non dovrebbero presentare lacune, contraddizioni, errori nell'indagine sui fatti o soluzioni tecniche inattendibili, per cui l'istruttoria d'ufficio risponde alla logica di verificare le manchevolezze della pubblica amministrazione, non imputabili alle altre parti del giudizio.

L'istruttoria svolta dall'amministrazione pubblica che, all'apparenza e salvo la sentenza di merito, si presenti manchevole e illegittima, fonda il potere di ufficio del giudice che deve verificare la conformità dell'azione amministrativa alla normativa di riferimento che prevede l'esercizio del potere autoritativo.

A questa impostazione che vede l'assoluzione dall'onere della prova di tutte le parti, bastando solo l'allegazione di un "principio di prova", potendo provvedere il giudice d'ufficio, fa eccezione la prova testimoniale che può essere ammessa ad istanza di parte ⁽²⁰⁾ (per l'ovvio rilievo che il giudice non può certo indicare i testimoni che non sono a sua conoscenza) nonché la richiesta eventuale di chiarimenti o di documenti nella disponibilità delle parti.

Per la prova testimoniale, dovrà essere la parte ad articolare le circostanze sulle quali i testi dovranno deporre e le generalità di questi ultimi, per cui se sarà necessaria una prova orale per dimostrare l'assunto contenuto nel ricorso introduttivo o nel ricorso incidentale, l'onere della prova grava sul ricorrente principale o incidentale perché essi hanno la disponibilità della prova.

Quindi, quando il ricorrente contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione o l'attendibilità delle soluzioni tecniche:

⁽²⁰⁾ Art. 63, comma 3, c.p.a.

- a) il ricorrente o il controinteressato ricorrente incidentale non hanno l'onere della prova, essendo sufficiente l'allegazione del c.d. "principio di prova", tranne nella ipotesi in cui sia necessaria l'assunzione di una prova testimoniale per la quale hanno l'onere della prova e nel caso di eventuale richiesta di documenti di cui hanno la disponibilità o di chiarimenti;
- b) l'amministrazione resistente non ha l'onere della prova, tranne per il deposito dei documenti di cui ha la disponibilità nonché per i chiarimenti, eventualmente richiesti dal giudice;
- c) il giudice, allegato dalle parti un "principio di prova", può d'ufficio disporre: chiarimenti o documenti; esibizione nei confronti dei terzi di documenti «o quant'altro ritenga necessario» ⁽²¹⁾; ispezioni; verificazioni; consulenze tecniche.

Il sistema istruttorio, in questa ipotesi, si può definire "misto": in parte dispositivo-acquisitivo, con rilevanti poteri officiosi del giudice, e in parte dispositivo.

5. L'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi.

Recente giurisprudenza scolpisce con chiarezza la distribuzione della prova tra le parti e la rilevanza dell'intervento del giudice, quando venga promossa un'azione risarcitoria ed è utile riportare un brano della motivazione.

«4. In punto di individuazione dei criteri di riparto dell'onere della prova, trova... prima applicazione il principio dispositivo, il quale non è in questa sede temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento. Quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato, la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella conseguenziale di risarcimento dei danni, in relazione alla quale

⁽²¹⁾ Art. 63, comma 2, c.p.a.

il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del principio dispositivo, sancito in generale dell'art. 2697, primo comma, c.c. Ne consegue che sulla parte ricorrente grava l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti della domanda al fine di ottenere il riconoscimento di una responsabilità dell'amministrazione per fatto illecito delineata dall'art. 2043 c.c., nel cui alveo deve essere ricondotta la domanda. È quindi necessario verificare, con onere della prova a carico del (presunto) danneggiato, gli elementi costitutivi della fattispecie aquiliana, così individuabili: il fatto illecito; l'evento dannoso ingiusto e il danno patrimoniale conseguente; il nesso di causalità tra il fatto illecito e il danno subito; la colpa dell'apparato amministrativo» (22).

Il giudice amministrativo sottolinea la diversità del sistema probatorio tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria, anche se non focalizza la ragione di fondo e cioè che il fatto e la sua prova, nell'azione di impugnazione, sono raccolti ed istruiti dalla pubblica amministrazione i cui atti procedurali e quello conclusivo vengono esaminati e valutati nell'attività giurisdizionale.

Nell'azione risarcitoria, prove precostituite dalla pubblica amministrazione non ve ne sono, tranne per l'illegittimità degli atti amministrativi, quando il fatto illecito si risolve esclusivamente in essi.

Per il resto, occorre acquisire sia i fatti che le prove nel processo e né le parti, né il giudice possono avvalersi dell'istruttoria svolta dall'amministrazione, prima del giudizio.

Il processo affronta, direi in prima battuta, il fatto illecito e gli elementi che ne contraddistinguono la fattispecie, per cui le parti devono provare i fatti che hanno introdotto nel giudizio e ne devono sopportare il relativo onere.

Qui cambia il riparto dell'onere della prova e anche il potere istruttorio del giudice, pure se nel codice del processo amministrativo questa distinzione non vi è poiché le disposizioni sono le medesime sia per l'azione di annullamento che per quella risarcitoria.

(22) Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2024, n. 8183, par. 4.

Invero, la giurisprudenza richiamata, a parte il riferimento alla «asimmetria informativa tra amministrazione e privati», giustifica la diversità per la «vicinanza della prova» che non può che gravare sulla parte che ne dispone.

L'affermazione del Consiglio di Stato trova una base di diritto positivo nell'art. 64, comma 1, del codice del processo amministrativo che pone sulle «parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità» per dimostrare i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.

E come nell'azione di annullamento sono nella disponibilità dell'amministrazione resistente gli atti del procedimento e quello conclusivo, per cui è suo onere depositare in giudizio queste prove precostituite, così è della parte che domanda il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, fornire la prova degli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito extracontrattuale che sono nella sua disponibilità.

Nell'azione di condanna risarcitoria, domina il principio dispositivo e ciascuna parte ha l'onere di provare i fatti che allega, sia quelli costitutivi dell'illecito che competono al ricorrente, sia i fatti che lo escludono che fanno capo alle altre parti del processo.

Invero, su una parte della domanda risarcitoria, si rinviene ancora il principio acquisitivo che configura una sorta di sinergia tra il giudice e l'amministrazione resistente.

È il segmento dell'illecito che riguarda la quantificazione.

Per il quarto comma dell'art. 34 del codice del processo amministrativo, «in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine» ⁽²³⁾.

Anche se la disposizione preveda l'esercizio del potere del giudice «in mancanza di opposizione delle parti», nessuna del-

⁽²³⁾ Il quarto comma dell'art. 34 c.p.a. così prosegue: «Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal titolo I del libro IV», cioè con il ricorso per ottemperanza, «possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti».

le parti può avere interesse all'opposizione che dovrebbe essere espressa prima della decisione del giudice.

Infatti, il ricorrente ha due buone ragioni per non opporsi: non è in grado di prevedere, con un margine di relativa certezza, non solo se sarà accolta la domanda, ma soprattutto se il giudice riterrà compiutamente provata la quantificazione del danno, per cui la determinazione d'ufficio dei criteri per la quantificazione potrebbe superare un'eventuale ritenuta incompletezza della prova sulla quantificazione del danno, con rigetto della domanda; inoltre, il ricorrente non può correre il rischio che, per la difficoltà di stabilire esattamente il *quantum*, il giudice respinga il ricorso.

Nemmeno la parte resistente ha interesse; anzi, ha un interesse contrario all'opposizione perché gli viene conferita la possibilità, pur nel rispetto dei criteri fissati dal giudice, di quantificare il danno in un importo che indicherà certamente al ribasso e, comunque, si può aprire una trattativa con il creditore che avrà la convenienza a concordare l'importo, pur non integralmente satisfattivo del danno subito, se vengono fissati tempi certi per il pagamento, in considerazione delle obiettive difficoltà di recuperare un credito contro la pubblica amministrazione.

La disposizione del IV comma dell'art. 34 c.p.a. può sembrare singolare perché rimette al debitore la quantificazione del danno arrecato, ma si comprende tale soluzione perché il debitore è una pubblica amministrazione che dovrebbe esercitare la sua attività nel rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione.

Comunque, il giudice amministrativo, quando accolga la domanda risarcitoria, è solito far ricorso a tale previsione normativa.

Ebbene, se, in via generale, può affermarsi che l'istruttoria nell'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi è il principio dispositivo a regolare la distribuzione dell'onere della prova tra le parti, per la quantificazione del danno vale il principio acquisitivo, potendo il giudice fissare i criteri cui l'amministrazione resistente, debitrice, deve adeguarsi nella fissazione dell'importo dovuto per i danni.

6. Conclusioni.

La distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo amministrativo e la rilevanza dell'intervento del giudice presentano due diverse discipline, a seconda che sia proposta l'azione costitutiva di annullamento (con una differenziazione nel caso venga contestato o meno la "storicità" del fatto e l'attendibilità delle soluzioni tecniche fissati nel procedimento amministrativo e nel suo atto conclusivo) o l'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, come rilevato innanzi.

Si tratta di differenze rilevanti perché si passa dall'onere della prova gravante sulla parte resistente, quando si promuova l'azione di annullamento, senza la contestazione "storica" dei fatti accertati dalla pubblica amministrazione che ha la disponibilità delle prove c.d. precostituite, ad un processo dispositivo con metodo acquisitivo, allorché il ricorrente contesti il fatto accertato dalla pubblica amministrazione o l'attendibilità delle soluzioni tecniche, ove è sufficiente l'enunciazione di un c.d. principio di prova che, all'apparenza e salvo la sentenza di merito, evidenzia manchevolezze ed illegittimità dell'istruttoria svolta dalla pubblica amministrazione. In questa seconda ipotesi, non vi è onere della prova, ad eccezione della prova testimoniale che non può essere disposta d'ufficio, dovendo la parte richiedente indicare i nominativi dei testimoni e le circostanze su cui devono deporre, nonché quando vi sia richiesta eventuale di chiarimenti o di documenti nella disponibilità delle parti; ma, per tutti gli altri mezzi istruttori, né il ricorrente, né il controinteressato, né l'amministrazione resistente hanno l'onere della prova perché è il giudice che, con i poteri attribuitigli dal codice di rito, può riscontrare la conformità dell'istruttoria della pubblica amministrazione alla realtà e l'attendibilità delle soluzioni tecniche, acquisendo così la prova necessaria a dare fondamento alle domande, in presenza di un "principio di prova".

Quando si proponga azione di risarcimento danni per lesione di interessi legittimi, tutte le parti hanno l'onere di provare le loro

allegazioni, con affermazione del sistema dispositivo, tranne che per la quantificazione del danno dove è previsto che il giudice domandi, in base a criteri predeterminati, alla pubblica amministrazione resistente, debitrice, la determinazione dell'importo dovuto per l'illecito.

Un possibile criterio unificante sull'onere della prova potrebbe ravvisarsi nell'art. 64, comma 1, del codice del processo amministrativo che si basa sulla vicinanza e disponibilità della prova e che recita: «Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni».

La doppia funzione del giudicato amministrativo e la prova nel processo amministrativo

di MASSIMILIANO BALLORIANI

La ricerca e valutazione della prova nel giudizio amministrativo è argomento centrale, che spesso, anche in giurisprudenza, dà luogo a interpretazioni e pronunce non sempre coerenti, specie se si segue un approccio casistico invece che logico-sistematico.

A ben vedere, da un lato, la disciplina della prova nel giudizio amministrativo disvela la vera essenza della specialità del giudice amministrativo, dall'altro, per comprendere appieno tale regime della prova è necessario comprendere esattamente in cosa consista questa specialità ⁽¹⁾.

Al Giudice amministrativo non è demandato il mero ruolo di risolvere controversie, come, generalmente, al giudice civile, ma quello di far accertare quanto più possibile la verità processuale, perché sullo sfondo del processo amministrativo vi è sempre il corretto perseguimento dell'interesse pubblico ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Ovviamente non mancano in dottrina le opinioni che tendono a ricondurre la prova nel processo amministrativo agli stessi principi di quella nel processo civile, cfr. L. PERFETTI, *Prova, diritto processuale amministrativo*, in *Enc. del diritto*, Annali, I, Milano, 2008, 934 ss.: «s'è diffusa l'idea che l'istruttoria nel processo amministrativo e in quello ordinario sia retta da principi profondamente differenti. È vero, invece, che alla luce della distinzione preziosa tra istruzione primaria e secondaria è possibile osservare come entrambi i processi siano retti dal principio dispositivo, e che — come meglio si dirà infra, § 17 — in entrambi i giudizi si avrà l'uso del metodo acquisitivo ove il mezzo di prova sia detenuto dall'amministrazione ovvero dalla parte significativamente più forte nel rapporto sostanziale».

⁽²⁾ Questa profonda interconnessione tra specialità della giurisdizione e specialità del regime processuale istruttorio viene giustificata anche perché, a un'analisi approfondita, solo enunciabile in questa sede, diventa quasi impossibile distinguere tra fatto (og-

A disciplinare la funzione della giustizia amministrativa, per quanto qui d'interesse, non vi sono solo gli articoli 24 (pienezza della tutela), 101 (soggezione del giudice solo alla legge), e 111 (giusto processo) della Costituzione, ma anche l'articolo 100, secondo cui il giudice amministrativo assicura la giustizia nell'amministrazione³.

Dunque il processo amministrativo non assicura solo la giustizia "nei confronti" dell'Amministrazione (*ex art. 103 della Costituzione*), cioè la risoluzione della controversia, ma la sentenza che definisce il giudizio ha una "funzione conformativa" dell'agire amministrativo (*ex art. 100 della Costituzione*).

Il giudice amministrativo è giudice nell'Amministrazione, non in senso soggettivo ovviamente, ma in senso oggettivo.

Essere giudice nell'Amministrazione in senso oggettivo vuol dire che la funzione del giudicato amministrativo è anche quella di conformare la futura attività amministrativa della pubblica amministrazione.

getto di valutazione) e diritto (criterio di valutazione), cfr.: G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 616 ss. In altri termini, il confine tra diritto sostanziale e processuale è molto incerto, atteso che, a esempio, la possibilità o meno di disporre delle posizioni giuridiche sottostanti non può essere vanificata dalla disponibilità delle stesse sul piano processuale. Dunque la funzione di composizione della lite o di accertamento della verità che viene di volta in volta attribuita al giudice non può essere scollegata dalle posizioni giuridiche che il medesimo è chiamato a tutelare (per un approfondimento di tali questioni si rinvia appunto a G. Verde, *ibidem*). Con la conseguenza che anche nel processo deve essere coerentemente presente l'eco della indisponibilità di alcune posizioni per le parti, e ciò anche e soprattutto nella fase di ricerca e valutazione della prova. Di qui l'ulteriore conseguenza che, se le posizioni sono indisponibili, il giudice non può essere mero arbitro della controversia, ma deve essere soggetto attivo nella ricerca della verità fattuale. Nel testo, tuttavia, si giunge alla conclusione che la specialità del giudizio amministrativo e dunque del regime probatorio in esso previsto prescinde dalle posizioni giuridiche soggettive (avendo analogo contenuto in sede di legittimità come in sede di giurisdizione esclusiva), ma è determinato dalla funzione conformativa del giudicato sostanziale; si sottolinea inoltre che anche l'affermazione della indisponibilità assoluta dell'interesse legittimo appare non sempre giustificabile. In altri termini, «il problema della natura giuridica delle norme sulle prove non può essere considerato come a sé stante, avulso dai contesti nei quali si pone, ma ammette una pluralità di soluzioni, relative alle concrete esigenze che di volta in volta le sollecitano», cfr. P. CAPPELLETTI, *La «natura» delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, I, 92.

³ M.A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *Federalismi. it*, 2008.

Nel momento in cui si è data consistenza sostanziale e non solo strumentale all'interesse legittimo, e la cognizione è passata dall'atto al rapporto, tale funzione conformativa è diventata ancora più incisiva, non essendo più una mera parentesi dell'azione amministrativa, ma un accertamento pieno e completo, nei limiti del *petitum* e della *causa petendi*, ma coprendo pur sempre il dedotto e il deducibile.

È vero che il giudicato ha effetto solo tra le parti, tranne che in casi particolari di atti di carattere generale, ma, essendo una parte la pubblica amministrazione, per la medesima resta un vincolo sostanziale per la futura attività consimile sia sul piano dell'accertamento del fatto sia su quello della statuizione in diritto.

Si comprende quindi che il giudice amministrativo non è mero arbitro tra le parti, come quello civile, perché il suo giudicato ha una funzione conformativa che trascendere la composizione della lite ⁽⁴⁾.

In tale duplice ontologica natura del giudicato amministrativo, conformativa e di composizione della lite, risiede la specialità del giudice.

Molti ritengono che la specialità risieda unicamente nella posizione giuridica riservata al giudice amministrativo, cioè l'interesse legittimo, ma la Corte Costituzionale con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 140 del 2007 ha chiarito che interesse legittimo e diritto soggettivo hanno pari dignità, essendo solo modi diversi di tutela di analoghi beni interessi, siano essi di natura costituzionale o meno.

Nelle questioni affidate alla giurisdizione amministrativa, attingano esse a interessi legittimi o diritti soggettivi, la peculiarità è che almeno una delle parti è una pubblica amministrazione in senso lato, cioè un soggetto munito di poteri pubblici idonei a conformare autoritativamente il rapporto.

⁽⁴⁾ La funzione della prova dunque deve tendere più verso l'accertamento della verità piuttosto che verso la persuasione di un giudice "mero arbitro delle parti" (per una disamina più approfondita di tali aspetti, cfr. sempre L. PERFETTI, *ibidem*, sebbene l'autore giunga a conclusioni opposte).

Il giudicato amministrativo sostanziale ha dunque questa idoneità intrinseca a conformare il potere, pur non potendo decidere direttamente su poteri non ancora esercitati ⁽⁵⁾.

È ben vero che anche il giudicato amministrativo, sul piano sostanziale, fa stato tra le parti *ex art. 2909 c.c.*, dunque da esso nasce un vero e proprio diritto soggettivo tutelato dall'*actio iudicati* solo per la parte vittoriosa in quella causa.

Tuttavia, si consideri che anche da un annullamento in autotutela nasce un autovincolo per la futura attività amministrativa, sicché a maggior ragione tale vincolo nasce oggettivamente anche se l'annullamento, o l'accertamento, è stato disposto dal giudice amministrativo in un giudizio *inter alios*, sebbene la sua violazione vada valutata secondo le categorie dell'annullabilità e non di quelle della nullità per violazione del giudicato ⁽⁶⁾.

Questa funzione giurisdizionale che trascende la mera definizione della controversia tra le parti, in altre parole, si giustifica proprio perché la pronuncia giurisdizionale amministrativa si inserisce oggettivamente nella tela dell'attività amministrativa e la condiziona anche pro futuro, e non solo nei casi di atti inscindibili, generali o plurisoggettivi (il ché, peraltro, già giustificerebbe un approccio generalizzante) ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Tranne casi particolari, come a es. *ex* articolo 21-*octies* della legge 241 del 1990; o il cd. *one shot*, tutti finalizzati a non ridurre la giustizia amministrativa a mera parentesi dell'azione, in ossequio al principio di effettività.

⁽⁶⁾ Ciò senza considerare poi i casi di annullamento di atti inscindibili, nonché la valenza di fatto di un annullamento, di cui comunque l'Amministrazione deve tenere conto nell'adozione di atti conseguenziali anche nei confronti di terzi. Cfr. su tali questioni a es. A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, IV, 932; S. VACCARI, *Giustizia Insieme, Brevi riflessioni sull'efficacia "ultra partes" del giudicato amministrativo di annullamento*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2024, 1706.

⁽⁷⁾ La questione dell'efficacia *ultra partes* delle pronunce del giudice amministrativo di annullamento, a volte risente di un approccio eccessivamente casistico (si veda a es. S. VACCARI, *Brevi riflessioni sull'efficacia "ultra partes" del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Giustizia Insieme*, 2024) o comunque appare influenzata da esigenze di contenimento della spesa pubblica; tuttavia, sul piano teorico, anche a prescindere dalla ricorrenza delle varie figure sintomatiche di eccesso di potere, nel caso di attività amministrativa in contrasto con un giudicato *inter alios*, tale conclusione appare imposta proprio dal vincolo conformativo derivante dall'accertamento in fatto e in diritto compiuto dal giudice amministrativo, anche se la posizione dei terzi estranei al giudicato è di interesse

Questo effetto “oltre la lite e oltre le parti coinvolte” fa sì che il giudice amministrativo debba verificare, sul piano probatorio, anche ricorrendo a poteri ufficiosi, che la soluzione data alla causa corrisponda il più possibile alla verità fattuale e sia conforme alla legge.

Il giudicato sostanziale, per queste ragioni, quindi, travalica la controversia e dunque l'interesse delle parti.

Ed è per questo che il suo contenuto, per questa sua funzione conformativa, non può essere disponibile per le parti: non si tratta dunque solo di una questione di disponibilità o meno delle posizioni giuridiche azionate (che confinerebbe la questione alle parti coinvolte nel giudizio), ma della indisponibilità della funzione precipua del processo amministrativo e, in ultima analisi, del giudicato sostanziale amministrativo.

L'assenza di prove legali e di una vera e propria rigidità del principio dispositivo, che possano vincolare tale potere e dovere del giudice, non si spiega, dunque, in ragione della indisponibilità dell'interesse legittimo, ma in virtù di questo ruolo del giudice nel processo, che non è un processo retorico-argomentativo ma di vero e proprio accertamento logico-razionale⁽⁸⁾.

Il giudice non è arbitro ma protagonista nel processo, che è “ad iniziativa delle parti” ma non è mai “cosa delle parti”, ecco perché il principio dispositivo viene mitigato da elementi inquisitori.

legittimo e non di diritto soggettivo, e l'azione è di annullamento e non di nullità. Su tali aspetti, per semplicità, sia consentito rinviare a M. BALLORIANI, *Appunti su rapporto giuridico di diritto pubblico e tutela dell'interesse legittimo*, in *Lexitalia.it*, 2005; e a M. BALLORIANI, *Nullità del provvedimento nel rapporto giuridico pubblico tra privato e autorità: la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche, Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le ll. n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Milano, 2005.

⁽⁸⁾ cfr. su tali questioni e sulla relazione tra funzione del processo e regime della prova, G. VERDE, *ibidem*, «vi è, poi, la constatazione di una inarrestabile tendenza evolutiva volta a riaffermare tecniche di accertamento secondo le quali il giudice possa e debba liberamente svolgere la sua attività di ricerca. Solo a questa condizione si ritiene possibile che il processo sia istituzionalmente indirizzato non più a comporre autoritariamente i conflitti e, quindi, a imporre la pace sociale, ma anche e soprattutto a realizzare la giustizia sostanziale».

La constatazione che la funzione conformativa sia la ragione principale del giudizio amministrativo trova una conferma anche nella previsione secondo cui, ai sensi dell'articolo 30, comma 3, c.p.a., il giudice «esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

Come noto, secondo risalente orientamento della Cassazione, nel diritto civile, nell'ambito della causalità giuridica, l'obbligo del creditore o del danneggiato di adoperarsi, diligentemente, per evitare il danno o comunque per contenerlo, non si spinge fino a far sorgere un obbligo di agire in giudizio.

Nel diritto amministrativo invece sì, e anche questo rivela che il processo amministrativo ha in sé la descritta funzione che trascende l'interesse delle parti che vi contendono.

E tutto ciò, come accennato, a prescindere dalle posizioni giuridiche di interesse legittimo o diritto soggettivo coinvolte, le quali hanno pari dignità e non sono graduate con minor o maggior tutela, come ha ribadito anche la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 204 del 2004.

La previsione della esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento tra i mezzi di prova, *ex* articolo 63, comma 2, c.p.a., difatti, non distingue tra giurisdizione esclusiva e di legittimità, dunque tra diritti soggettivi e interessi legittimi ⁽⁹⁾.

I mezzi di prova ormai sono identici nella giurisdizione esclusiva e in quella di legittimità, perché in ambedue i casi il giudizio non è più sull'atto ma sul rapporto, cui il giudice, per il principio di effettività della tutela giurisdizionale, deve accedere pienamente (ovviamente nei limiti delle allegazioni e domande delle parti), atteso che la giustizia amministrativa, anche in sede di legittimità, non è più una mera parentesi nell'azione amministrativa.

Pur non essendo più una mera parentesi, ma una cognizione giurisdizionale piena, resta la funzione prevalentemente confor-

(9) L'articolo 35, comma 3, del d.lgs. 80 del 1998, anzi, escludeva in modo esplicito tali mezzi di prova proprio nella giurisdizione esclusiva.

mativa del giudizio, anzi quest'ultima si arricchisce di sostanza e di contenuto proprio in virtù della sua pienezza.

La esclusione di un sistema probatorio che vincoli troppo il giudice al volere delle parti non riguarda dunque la natura delle posizioni giuridiche coinvolte, ma la funzione del giudicato sostanziale amministrativo.

Anche il dogma della indisponibilità dell'interesse legittimo, peraltro, appare in realtà un falso mito.

Esso è rinunciabile, finanche in via preventiva rispetto al giudizio, e infatti sono molte le pronunce di inammissibilità dei ricorsi per acquiescenza ⁽¹⁰⁾.

Così come la giurisprudenza ammette non solo la rinuncia al ricorso ma giunge a dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, sulla base della mera dichiarazione di parte ricorrente ⁽¹¹⁾.

A questi fini, poi, non è nemmeno utile distinguere tra diritto all'azione e interesse ad agire, da un lato, e posizione giuridica sostanziale dall'altro ⁽¹²⁾.

Il giudizio viene infatti dichiarato estinto, anche sulla base della mera produzione di un semplice accordo delle parti raggiunto sul piano sostanziale, finanche al di fuori del processo ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Si veda già Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2014, n. 2998.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. II, 26 maggio 2025, n. 4575.

⁽¹²⁾ È vero che l'acquiescenza ha carattere ed effetti prevalentemente processuali, ma è altresì innegabile che essa implica la capacità di disporre della sottostante posizione giuridica sostanziale (cfr. Cass. civ., n. 12615/2017: «L'acquiescenza espressa costituisce atto dispositivo del diritto di impugnazione e quindi, indirettamente, del diritto fatto valere in giudizio, sicché la relativa manifestazione di volontà deve essere inequivoca e provenire dal soggetto che di quel diritto possa disporre, con la conseguenza che la stessa deve essere ricostruita in applicazione delle regole ermeneutiche sugli atti negoziali unilaterali, proprio per la sua sostanziale valenza abdicativa del diritto di proporre impugnazione, risultando, pertanto, la sua declaratoria censurabile in sede di legittimità ai sensi degli artt. 1362 e ss. c.c.»).

⁽¹³⁾ Cfr. T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 1 giugno 2020, n. 2085, benché con argomentazioni che tentano in modo poco convincente di ricondurre la questione sul piano processuale: «Rilevato che l'accordo transattivo intervenuto nelle more del giudizio rappresenta causa di improcedibilità del gravame per sopravvenuto difetto di interesse alla definizione della controversia, costituendo una situazione nuova rispetto a quella esistente al momento della proposizione del ricorso, tale da comportare l'inutilità della decisione

In tutti questi casi, però, giova sottolineare che la funzione conformativa è salva perché non vi è alcuna pronuncia nel merito.

In altri termini, le parti possono di fatto disporre anche del proprio interesse legittimo, ma il contenuto del giudicato sostanziale è, e resta, indisponibile: l'attività dispositiva delle parti è confinata nella pronuncia in rito.

Il giudice amministrativo poi svolge questo ruolo pur sempre in posizione di terzietà e nell'interesse della legge (in conformità all'articolo 101 della Costituzione) e non dell'Amministrazione, e ciò giustifica il riconoscimento di tutte le garanzie e dello status tipico di ogni plesso giurisdizionale, al pari del giudice ordinario, pur in questa ontologica diversità dei poteri nel processo.

Questa duplice funzione, di risoluzione delle controversie e di conformare l'azione dei pubblici poteri, giustifica, oltre alle peculiarità della disciplina della prova nel processo, anche la coesistenza, in capo al giudice amministrativo, di funzioni giurisdizionali e consultive.

I segni di questa diversa funzione del giudice e del processo amministrativo sono disseminati in molti punti del capo secondo del c.p.a. dedicato all'ammissione e assunzione delle prove, e al contempo li giustificano sul piano costituzionale.

La disciplina della prova nel giudizio amministrativo deve rispettare sia i principi costituzionali dettati anche per il giudice civile (imparzialità, parità delle parti, giusto processo, effettività della tutela, ecc...) sia quelli precisi della sua speciale funzione, tra cui in particolare l'articolo 97 della Costituzione (sul buon andamento e legalità dell'agire amministrativo), di cui sono corollari sia il summenzionato articolo 30, comma 4, c.p.a., che restituisce centralità all'azione di annullamento, sia proprio i poteri ufficiosi del giudice in materia di acquisizione della prova, che infatti sono assenti nel giudizio civile.

L'onere della prova e il principio di non contestazione potreb-

(cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 14 novembre 2019, n. 7831; sez. V, 6 settembre 2018, n. 5236)».

bero apparire in contrasto con tale ruolo dominante e non di mero arbitro del giudice amministrativo, che cerca la prova secondo il criterio di razionalità e non secondo quello retorico di persuasione.

L'articolo 64 del c.p.a. tuttavia dispone che le parti sono onerate di fornire solo "elementi" di prova, e che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove "proposte" (cioè indicate) dalle parti.

Tale formulazione appare più richiamare, nella specifica materia della prova, il principio di autonomia e autosufficienza del ricorso⁽¹⁴⁾ e soprattutto quello di specificità degli atti processuali, piuttosto che ridurre l'autonomia del giudice nella ricerca della verità dei fatti.

E infatti, spesso, in giurisprudenza, specie in materia di domanda di risarcimento del danno (nella quale a volte le parti ripongono meno attenzione), ma anche in caso di domanda costitutiva di annullamento, quando il ricorso è sfornito di un minimo di allegazione probatoria, la pronuncia viene ricondotta alla inammissibilità per genericità, e non alla infondatezza per mancanza della prova dei fatti⁽¹⁵⁾.

Anche in tali casi, dunque, per il giudice la funzione conformativa è salva perché non vi è alcuna pronuncia nel merito.

Se manca la prova, perché una parte non ha adempiuto all'onere di allegazione o di contestazione, il giudice amministrativo non si spinge quasi mai ad applicare il principio dispositivo, che lo porterebbe a concludere, senza un vero accertamento, che quei fatti stanno in un modo piuttosto che in un altro, visto che poi, come illustrato, quell'accertamento può incidere sulla futura azione pubblica, conformandola.

E nella pratica lo stesso vale anche per il cd. principio di vicinanza della prova.

⁽¹⁴⁾ Che si applica anche al processo amministrativo, e secondo cui le allegazioni devono essere indicate e dettagliate dalle parti e non è il giudice che deve andare a cercarle e ricostruirle, setacciando gli allegati. Cfr. Cons. Stato, sez. VII, 19 luglio 2024, n. 6493; T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. I, 05 novembre 2024, n. 3646; T.A.R. Pescara, 26 ottobre 2024, n. 304.

⁽¹⁵⁾ Consiglio di Stato, sez. II, 10/06/2024, sentenza n. 5166; Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2011, n. 2113; T.A.R. Campobasso, 18 gennaio 2012, n. 199.

Quando la parte dispone di elementi di prova e non li fornisce al giudice (come previsto dall'articolo 64, comma 1: «*spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità*»), quest'ultimo o considera il ricorso generico sul piano dell'allegazione della *causa petendi* oppure trae da questo comportamento un argomento di prova contrario alle affermazioni contenute nel ricorso, ma in quest'ultimo caso, se lo ritiene opportuno ai fini della correttezza della decisione, non motiva la pronuncia solo su questo argomento, se ha possibilità di esercitare poteri d'ufficio che siano utili (*ex* articolo 64, comma 3, c.p.a.) ⁽¹⁶⁾.

Se i succitati principi di non contestazione, onere della prova e vicinanza della stessa venissero applicati come nel processo civile, il giudice potrebbe limitarsi a dare atto della non contestazione per decidere in favore del ricorrente.

Invece, in casi simili, specie se si tratta di ricorsi un po' risulanti nel tempo, il giudice non si accontenta e chiede al Comune dei chiarimenti, perché vuole capire come stanno veramente i fatti, coerentemente con la sua funzione appena descritta.

In sostanza, nel giudizio amministrativo, le parti possono disporre delle posizioni giuridiche ma non possono mai disporre del contenuto del giudicato sostanziale, della funzione di accertamento che il giudice amministrativo è chiamato a compiere.

Mentre con riguardo all'impulso processuale, dunque, quella amministrativa è indubbiamente una giurisdizione soggettiva, quanto al contenuto della pronuncia vi sono invece elementi di oggettività, perché il processo si deve concludere con una sentenza che non sia solo nell'interesse delle parti ma anche in quello della legge, che in ultima analisi individua l'interesse pubblico da perseguire.

⁽¹⁶⁾ Si pensi al frequente caso tipico di chi propone un ricorso avverso un ordine di demolizione di un immobile abusivo e descrive tutta una serie di fatti e circostanze in proprio favore, e il piccolo Comune, come a volte accade, si costituisce con una memoria di mero stile, senza nulla dire, e dunque senza contestare in modo specifico quei fatti e quelle circostanze: nella maggior parte di tali ipotesi il giudice amministrativo disporrà una istruttoria di ufficio per verificare i fatti di causa.

L'art. 64, comma 2, c.p.a., nell'enunciare la regola di non contestazione, non chiarisce quali siano gli effetti della non contestazione sul riparto dell'onere della prova e sui poteri istruttori esercitabili di ufficio.

Quella della non contestazione, quando viene utilizzata in giurisprudenza, più che una previsione da cui desumere la disponibilità piena della prova a favore delle parti, nella pratica viene interpretata nel senso che se i fatti allegati nel processo sono pacifici diviene inutile una verifica istruttoria.

Ma il giudice ne deve essere egli stesso persuaso, non ritenendosi affatto vincolato da tale principio.

E infatti si ritrovano numerose pronunce in cui, quando non è persuaso, il giudice amministrativo afferma che quello della non contestazione è solo un "argomento di prova" ⁽¹⁷⁾.

Se le prove sono fornite solo da una parte e non assicurano l'oggettività del giudizio, il giudice tendenzialmente non si limiterà a pronunciare una sentenza motivata in fatto solo sulla non contestazione.

Se si comprende questa funzione e questa cultura giurisdizionale del giudice amministrativo, si comprende, poi, anche una certa diffidenza di quest'ultimo nell'utilizzare mezzi di prova che possono maggiormente sfuggire al suo controllo ai fini della pronuncia di una decisione giusta in senso oggettivo, quindi non solo la testimonianza scritta ma anche la CTU invece che la verifica.

Anche il giudice civile ha poteri istruttori ufficiosi, ma si tratta di poteri che sono per lo più serventi alla formazione del suo convincimento in ordine alla valutazione dei fatti proposti dalle parti in contrasto tra loro.

Tali poteri ufficiosi del giudice civile, in altri termini, vengono in ausilio quando non riesce a risolvere tale contrasto, non potendo limitarsi a un *non liquet*, e sono: l'interrogatorio libero; il

⁽¹⁷⁾ R. DE NICTOLIS, *Commentario al codice del processo amministrativo, I mezzi di prova e l'attività istruttoria, il fascicolo processuale e i verbali di udienza*, Milano, 2023, 910.

giuramento suppletorio o estimatorio; la richiesta di informazioni scritte all'Amministrazione su atti o documenti che è necessario acquisire al processo; ordinare l'ispezione di persone e cose e l'esibizione di documenti; assumere la prova testimoniale in caso di testimonianze de relato; disporre la CTU.

Quindi il giudice civile li utilizza per risolvere il contrasto tra fatti comunque provati dalle parti, mai in funzione supplente (anche il giuramento suppletorio, a esempio non può riguardare fatti del tutto sforniti di prova, e deve essere deferito alla parte maggiormente favorita finora nel giudizio ⁽¹⁸⁾).

Il giudice amministrativo, viceversa, utilizza i suoi poteri ufficiosi anche in supplenza dell'attività delle parti, salvo il rispetto dell'onere dell'allegazione, specificità del ricorso e parità delle parti stesse.

La diversità di funzioni spiega anche una certa diffidenza del giudice amministrativo verso mezzi di prova che allontanino dalla sfera pubblica l'accertamento della verità processuale.

Il giudice amministrativo valuta la testimonianza (peraltro ammessa dal c.p.a. solo per iscritto, per esigenze di celerità, e su istanza di parte e non d'ufficio) come argomento di prova, e non come una prova piena ⁽¹⁹⁾.

Qualcuno ha dubitato della legittimità costituzionale della mancanza di una piena conformazione dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo a quelli del codice di procedura civile, dunque anche della prova testimoniale, specie in materia di diritti soggettivi.

Tuttavia, se si pone mente al fatto che, anche nei casi di giurisdizione esclusiva, l'attribuzione del potere decisionale in capo al giudice amministrativo si giustifica per la particolare attinenza a questioni comunque riguardanti la pubblica funzione, si com-

⁽¹⁸⁾ Cass. civ., 2015, n. 6560; Cass. civ., 2016, n. 21235

⁽¹⁹⁾ E, consapevoli di ciò, gli avvocati delle parti, nella pratica, generalmente si limitano ad allegare agli atti dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà sottoscritte dai vari dichiaranti, a cui pure la giurisprudenza riconosce valenza di mero argomento di prova. Cfr. T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 02 ottobre 2019, n. 860.

prende che i termini di paragone e i valori costituzionali rilevanti non sono pienamente equiparabili.

Viene, in altri termini, in rilievo proprio quanto si è fin qui sottolineato, ossia che il giudice deve restare *dominus* del processo di accertamento e non arbitro delle parti, proprio in virtù dei richiamati articoli 103, 100 e 97 della Costituzione (20).

Altro corollario di tali principi si ritrova, come accennato, anche nell'uso da parte del giudice amministrativo di propri ausiliari per la valutazione e ricerca delle prove.

Pur se in giurisprudenza si trovano affermazioni a volte non coerenti e contrastanti, che si rifanno ai diversi principi riferibili al processo civile, nel processo amministrativo non v'è una differenza sui presupposti tra CTU e verifica: entrambe hanno un presupposto comune che è l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche (art. 63, comma 4, c.p.a.), quindi non solo la valutazione delle prove già fornite dalle parti (21), come è invece per la CTU nel processo civile.

Tuttavia, secondo il codice del processo amministrativo, la CTU può essere disposta solo se "indispensabile".

Nella relazione al codice, si legge che la scelta di questo limite è stata dettata dalla esigenza di evitare oneri indiretti per le pubbliche amministrazioni: si tratta evidentemente di una giustificazione poco realistica, atteso che, nella pratica, il giudice liquida più o meno gli stessi importi sia al verificatore che al CTU, e anche nel caso della verifica il compenso non va all'Ente o all'organo ma proprio alla persona fisica che materialmente ha svolto la verifica.

Tale locuzione, "ove necessario", ha invece avuto molto riscontro nella pratica applicazione, ove il giudice raramente ricor-

(20) A esempio, anche nel caso di controversie di pubblico impiego non privatizzato, a fronte di diritti soggettivi, pur se aventi un oggetto meramente economico, corrispondono comunque impegni di spesa pubblica, la cui correttezza e conformità alla legge resta un fondamentale interesse pubblico, che ha pure rilievo costituzionale.

(21) R. DE NICTOLIS, *ibidem*.

re alla nomina del CTU, e ciò non solo per la minore speditezza della procedura ⁽²²⁾ (che prevede primo un contatto tra giudice e CTU che viene chiamato per prestare giuramento, nonché la possibilità del consulente di rifiutare l'incarico se non è iscritto in albi), quanto piuttosto per una certa diffidenza ad appaltare l'accertamento della verità processuale a soggetti che non operino nell'ambito di un Ente o organo amministrativo istituzionalmente deputato a garantire il rispetto del principio di legalità e il perseguimento dell'interesse pubblico.

Al termine "indispensabilità", dunque, si attribuisce in concreto il significato di assenza di organismi pubblici idonei a effettuare l'accertamento (vuoi perché non muniti delle competenze necessari vuoi perché sovraccarichi di lavoro, come pure a volte accade), e in tal senso l'ambito della CTU risulta assai limitato, rispetto alla verifica.

La verifica a rigore, e di solito, non viene affidata direttamente dal giudice (può provvedervi solo il collegio e non il presidente) al singolo dipendente pubblico (che viceversa può essere anche nominato come CTU), ma a un organismo pubblico, che per espressa previsione deve essere estraneo al giudizio, generalmente nella persona del suo Presidente o dirigente apicale, al quale viene conferita delega per la nomina del personale idoneo ⁽²³⁾.

Tutto ciò non toglie che il giudice amministrativo debba rispettare, oltre ai ricordati principi costituzionali che sono speciali della funzione giurisdizionale amministrativa, anche i principi

⁽²²⁾ T.A.R. Bari, (Puglia) sez. III, 17 giugno 2021, n.1038.

⁽²³⁾ Ciò rende lo strumento ancora più versatile, difatti non è previsto formalmente un obbligo di astensione: se il dipendente nominato si trova in una situazione di conflitto di interessi o comunque in uno dei casi di cui all'articolo 51 c.p.c., allora lo deve comunicare al superiore che lo ha designato ai fini della sua sostituzione, che poi da quest'ultimo sarà comunicata al Giudice.

È comunque prevista la ricsuzione a opera delle parti, che va formalizzata prima dell'inizio delle operazioni (artt. 66 e 20 c.p.a.).

Sull'istanza di astensione e ricsuzione decide il giudice che ha nominato il consulente o il verificatore.

fondamentali previsti dalla Costituzione per la funzione di mera risoluzione di controversie, quindi comuni a tutte le giurisdizioni.

Al pari del giudice civile, dunque, anche il giudice amministrativo deve rispettare i principi generali del codice di procedura civile, ove non espressamente derogati, perché la tutela deve essere piena e sul rapporto anche nel giudizio amministrativo, a prescindere dalle posizioni azionate.

E in ossequio a tali principi, infatti, anche se non espressamente previsto come per la CTU, la prassi assicura sempre il contraddittorio tra le parti e loro consulenti, anche nel caso della verifica (24).

Sulla base di questo percorso concettuale, si comprende anche la ontologica differenza tra i chiarimenti, che il giudice amministrativo, *ex* articolo 63, comma 1, c.p.a., può chiedere alle parti, e l'interrogatorio libero, che può disporre il giudice civile pure d'ufficio.

Si consideri, infatti, che il c.p.a. consente al giudice amministrativo di disporre anche l'assunzione di altri mezzi di prova contemplati dal c.p.c. per il giudice civile (25), proprio perché sul piano della compresente funzione di componimento della controversia non vi può essere differenza di tutela tra posizioni giuridiche né tra giurisdizioni (26), come sancito dalla Corte Costituzionale nella ricordata sentenza n. 204 del 2004.

È evidente, però, che egli, quando si avvale dei mezzi di prova del giudice civile, se ne può avvalere solo nei limiti in cui può quest'ultimo, sia perché è appunto un rinvio sia perché il rinvio si

(24) Non è stata riprodotta la previsione di cui all'art. 26, comma 2, r.d. n. 642/1907, che disponeva che alle parti viene dato avviso, a cura dell'amministrazione, almeno cinque giorni prima, del luogo, del giorno e dell'ora in cui si eseguiranno le verificazioni; ma la giurisprudenza per lo più non si accontenta del contraddittorio solo successivo, con le controdeduzioni alla relazione peritale.

(25) Cfr. l'articolo 63, comma 5, c.p.a.: «Il giudice può disporre anche l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento».

(26) T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. III, 06 maggio 2011, n.1205: «in considerazione della pari dignità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte che impone di evitare disparità di tutela sul terreno probatorio».

giustifica solo nei limiti della funzione che ha il giudice civile di componimento della controversia.

Dunque, a esempio, anche il giudice amministrativo può avvalersi dell'interrogatorio libero ⁽²⁷⁾, ma come il giudice civile può farlo solo nei confronti delle parti costituite, e soprattutto solo in funzione integrativa e non suppletiva dell'attività probatoria delle parti ⁽²⁸⁾.

Inoltre, le parti, a differenza dei testimoni, non hanno alcun obbligo di comparire (salvo il rilievo del comportamento processuale) né di dire la verità ⁽²⁹⁾, e poi devono essere chiamate in contraddittorio.

Le parti chiamate a fornire chiarimenti, invece, e specie quella pubblica, non necessariamente devono essere costituite; la parte pubblica inoltre ha poi il dovere di dire la verità.

Anche se è parte processuale, tale obbligo non viola il principio di parità, perché la pubblica amministrazione è chiamata a collaborare con il giudice per la ricostruzione della verità dei fatti, dunque, ove incaricata di chiarimenti, non ha le prerogative del diritto di difesa, ma il dovere di eseguire un incombenza istruttorio, essendo obbligata a provvedervi e al dovere di verità ⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ Articolo 117 c.p.c. Si noti poi che l'art. 229 c.p.c. dispone che «la confessione spontanea può essere contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte personalmente, salvo il disposto dell'art. 117 c.p.c.», dunque le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio libero, anche se sottoscritte non possono mai avere valore confessorio.

⁽²⁸⁾ T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. III, 06 maggio 2011, n.1205, *ibidem*; nonostante pronunce di segno contrario (Cass., 15 luglio 2005, n. 15019), la giurisprudenza prevalente appare a ciò orientata (Cass., 28 febbraio 2008, n. 5290: il giudice «in difetto di altre risultanze processuali, non può attribuire efficacia probatoria al relativo contenuto»).

⁽²⁹⁾ Corte cost., 08 maggio 2009, n.143.

⁽³⁰⁾ Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2013, (ud. 08/03/2013, dep. 26/03/2013), n.1671: Come è stato rilevato dalla giurisprudenza, «è consentito al giudice amministrativo di richiedere alla stessa amministrazione che ha emanato il provvedimento impugnato gli opportuni chiarimenti, senza che ciò implichi violazione del principio di terzietà, del diritto di difesa e del contraddittorio» (Cons. di Stato, Sez. IV, 29 aprile 2004, n. 2609), in quanto «l'onere istruttorio viene diretto all'amministrazione non solo, e non tanto, perché parte processuale ma soprattutto in quanto autorità pubblica che, in tale specifica qualità deve collaborare con il giudice al fine di accertare la verità dei fatti» (Cons. di Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 881).

Si comprende allora che tali differenze radicali della istruttoria nel processo amministrativo non hanno neanche la propria giustificazione, come pure si ripete tralatiziamente, nel principio di vicinanza della prova alla parte pubblica, ma sempre nella diversa funzione a cui è chiamato il giudice.

Il giudice amministrativo, in conclusione, non deve solo comporre la lite ma anche assicurare che l'effetto conformativo tipico del suo giudicato, in quanto tale, sia rispettoso del principio di legalità e conforme alla realtà dei fatti: l'accertamento della verità processuale non è nella disponibilità delle parti, e la parte pubblica, in virtù del suo ruolo istituzionale al di fuori del processo, deve collaborare con il giudice all'accertamento di tale verità processuale, nell'interesse pubblico ⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ Si consideri che, in via più generale, l'Amministrazione che ha adottato il provvedimento deve collaborare nel giudizio anche se non è costituita.

La medesima, infatti, ancorché non costituita, deve produrre, entro il termine previsto per la costituzione, gli atti e i documenti del procedimento e tutti quelli che ritiene utile.

Si tratta di un onere di "deposito" direttamente a carico dell'Amministrazione non di "produzione" a carico della sua difesa.

L'effetto pratico è che se non vi adempie glielo ordina il giudice e se rimane inerte il giudice vi trae argomenti di prova anche se non è costituita, in deroga alla regola che limita tale valutazione del comportamento processuale delle parti costituite.

La prova indiziaria e il libero convincimento del giudice nel processo innanzi al giudice amministrativo

di GENNARO TERRACCIANO

SOMMARIO: 1. Natura e funzione del processo amministrativo. — 2. Onere probatorio e potere acquisitivo del Giudice. — 3. La centralità della prova indiretta e indiziaria. — 4. Criteri della prova indiziaria e libero convincimento del Giudice.

1. Natura e funzione del processo amministrativo.

Gli approcci interpretativi inerenti al regime probatorio del processo amministrativo possono pervenire a tesi significativamente diverse, e ciò come conseguenza, in gran parte, della conformazione e della natura che si riconoscano al processo amministrativo. È chiaro che qualora si faccia riferimento al processo amministrativo dal punto di vista storico, dal punto di vista della quantità, se non della qualità, delle controversie che sono introdotte davanti al giudice amministrativo, potrà ricavarsi che esso sia un giudizio prevalentemente di legittimità.

Si tratterebbe, in assoluta sintesi, di un giudizio tendente non tanto a individuare da quale parte penda la ragione, quanto piuttosto a verificare se l'azione dell'amministrazione sia corretta da un punto di vista della conformità all'ordinamento giuridico. Ovviamente si tratta di un giudizio tra parti contrapposte, ma nella sostanza la finalità rimarrebbe quella di controllare, e in un certo senso conformare, l'azione amministrativa affinché siano rispettate le regole del corretto agire pubblico.

In verità, il diverso approccio ermeneutico del complessivo e articolato processo amministrativo, con valorizzazione della giu-

risdizione esclusiva e dei poteri riconosciuti al Giudice nell'ambito dei diversi riti, compreso il potere di condannare al risarcimento del danno, porterebbe a ritenere che il vero oggetto del giudizio amministrativo sia costituito dal rapporto amministrativo che intercorre tra potere pubblico e amministrato, con potere di regolazione, sostanzialmente, dell'interesse pubblico, che in qualche modo viene sussunto in quella fattispecie concreta che si dibatte davanti allo stesso.

Le due visioni portano ad assumere una posizione diversificata rispetto alla conformazione dell'onere probatorio, assegnando, persino, al Giudice l'onere di ricercare la verità, oppure di regolare le modalità attraverso le quali le parti possano far acquisire al processo gli elementi sui quali si potrà fondare la decisione.

Le diverse visioni finiscono ovviamente per essere tutte apprezzabili e corrette, ma il problema è che nel processo amministrativo non pare esserci ancora una perimetrazione autonoma o una comune definizione di "prova", come invece in altri processi, come quello penale o quello civile.

Naturalmente, si approfitta in qualche modo della disciplina civilistica e di quella penalistica per assumere dei significati con riferimento a quei regimi probatori, anche con qualche difficoltà di adattamento.

2. Onere probatorio e potere acquisitivo del Giudice.

Tuttavia, un reale tratto di specialità nel processo amministrativo può essere rappresentato, come noto, dal potere acquisitivo del giudice, che tempera l'acquisizione in senso dispositivo, essendo comunque un processo tra parti.

Il riconoscimento di un potere acquisitivo lascerebbe intendere che l'istruttoria processuale sia funzionalizzata in senso oggettivo alla tutela di un interesse pubblico generale, che è complementare, quantomeno, agli interessi delle parti, con l'effetto e che quindi consente o addirittura obbliga, come sostenuto giustamente dal professore Scoca, il giudice ad esercitare questo potere, non nell'interesse specifico di una delle parti (si potrebbe dire,

nell'interesse della giustizia e quindi nell'interesse pubblico in generale).

In ogni caso, rimane fermo che il limite per il Giudice è quello di non surrogarsi alla parte. Quindi, il principio fondamentale rimane sempre quello del metodo dispositivo, l'acquisizione è un temperamento, e spetta alla parte offrire gli elementi probatori relativi al fatto.

Regolare il rapporto amministrativo in un processo tra parti non appare semplice, ma proprio per questo occorre avere chiare le differenze concettuali tra la prova, il mezzo di prova, il mezzo di ricerca della prova.

Le prove dirette e indirette, nel giudizio amministrativo, come giustamente rilevato dal professor Follieri, sembrano rispondere ad una sorta di tipizzazione, ad opera principalmente della giurisprudenza, con una ordinazione gerarchica, che finisce per porre delle limitazioni significative ad alcune tipologie di prove, come quella testimoniale (che cede rispetto alla prova documentale) o quelle legali (quali la confessione e il giuramento).

A ben vedere, il processo amministrativo (almeno quello di legittimità) valorizza maggiormente le cd. prove indirette, al fine di dimostrare l'esistenza di un fatto o comunque di consentire un giudizio attraverso l'esame di un fatto provato, anche attraverso processi induttivi, a volte deduttivi, spesso abduttivi.

Una ragionevole giustificazione del principio dispositivo/acquisitivo quale peculiarità del processo amministrativo può ricavarsi dalla stessa finalità del giudizio amministrativo, che non consente (quantomeno in sede di legittimità) un "*non liquet*".

In altri termini, e semplificando, in sede di giudizio civile la mancanza di prova non consente un accertamento in positivo (allo stato degli atti), così come in sede di giudizio penale la mancanza della prova di colpevolezza giunge ad una pronuncia di assoluzione. Nel giudizio amministrativo, il Giudice è chiamato comunque a decidere sulla legittimità o meno dell'atto impugnato e, quindi, decide sulla base di ciò che è stato fornito dalle parti sul piano probatorio e se ciò non è sufficiente per poter decidere

esercita il suo potere acquisitivo, che quindi integra, per così dire, ciò che tutte le parti in giudizio (interessato, controinteressato, parte resistente) portano a cognizione del giudice. In effetti, una pronuncia in sede di legittimità non pare che possa giungere ad una soluzione che sia di rigetto del ricorso per mancata prova della illegittimità dell'atto impugnato e cioè della impossibilità di verificare la sussistenza o meno dei vizi denunciati nelle censure del ricorso.

3. La centralità della prova indiretta e indiziaria.

In questo quadro, tra le prove cosiddette indirette, assume un significato particolare la prova indiziaria.

Quando si fa riferimento all'indizio si richiamano subito le relative categorie del giudizio penale, ma, in realtà, la prova indiziaria può trovare una sua autonoma configurazione anche nell'ambito del processo amministrativo.

La prova indiziaria è in sé anch'essa una prova indiretta o critica. La differenza forse sta nel fatto che, in senso proprio, nelle prove indirette o critiche, si ha l'accertamento di un fatto che dimostra, attraverso la regola ponte, quindi attraverso un processo deduttivo, o induttivo, o abduttivo, l'esistenza di un altro fatto (antecedente o susseguente), mentre nella prova indiziaria il fatto certo consente di ritenere sussistente un diverso fatto, ma su basi probabilistiche di scienza.

Quindi la prova indiziaria, in qualche modo si forma ed ha la medesima dignità di qualunque altra prova, naturalmente diretta o indiretta, ma secondo un processo logico un po' più complesso, per così dire. Tanto è vero che nella giurisprudenza, anche amministrativa e in particolare laddove il giudice amministrativo debba ripercorrere il ragionamento logico giuridico fatto dall'amministrazione, si ripete che gli indizi devono essere gravi, precisi e concordanti. Si faccia riferimento ai processi in tema di anti-trust, ai processi in tema di interdittiva antimafia, ai processi in tema di appalti, quando per esempio occorre andare a sindacare la sussistenza o meno di un fatto e cioè la violazione o comunque

l'esistenza o l'inesistenza di una condizione di partecipazione, quale la moralità professionale, cioè accertamenti con significativo esercizio di discrezionalità tecnica ed evidenze probatorie "sfumate".

La giustizia nell'amministrazione è il presupposto (o anche antecedente) della giustizia sull'amministrazione in chiave processuale.

Il giudice amministrativo deve e non può fare a meno di ripercorrere il processo logico giuridico seguito in ambito procedimentale, in quanto non si tratta semplicemente di un giudizio sulla correttezza dell'agire amministrativo e anche dell'attività istruttoria.

L'indizio in sé non costituisce propriamente una prova, ma è un fatto certo dal quale può conseguire la prova indiziaria, alla presenza di alcuni presupposti.

La domanda che occorre porsi sembra, quindi, essere se effettivamente nel giudizio amministrativo, anche di legittimità, non ci sia spazio per l'individuazione di una prova indiziaria tipica, per così dire, visto il frequente ricorso del giudice amministrativo alla prova indiretta, che finisce per sussumersi nelle figure tipizzate dell'eccesso di potere.

Proprio la necessità di utilizzare la prova indiretta, laddove non siano sufficienti prove documentali o dirette, la giurisprudenza amministrativa ha finito nel tempo per individuare e tipizzare degli indizi, le cc.dd. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che in realtà costituiscono prova indiziaria, in quanto elementi, accertati o accertabili in senso processuale, che portano a ritenere, attraverso un ragionamento abduttivo, che la presenza del sintomo assume rilevanza in quanto svela la sussistenza di un vizio della funzione.

4. Criteri della prova indiziaria e libero convincimento del Giudice.

Si potrebbe anche riassumere quanto evidenziato in una semplice constatazione della circostanza che il giudice amministrati-

vo accerta la sussistenza del vizio di eccesso di potere attraverso prove indirette, ed in particolare la verifica di un fatto certo, cioè l'indizio incontrovertibile (grave e preciso).

La gravità determina la rilevanza e la precisione della portata significativa dell'indizio, e tale qualità determina l'accertamento di un antecedente logico giuridico, cioè un vizio della funzione.

Una precisazione, tuttavia, pare opportuna. Si è detto che l'indizio come elemento primario della prova indiziaria deve essere grave e preciso. Diversamente che nelle ricostruzioni di origine penalistica o civilistica, non si è fatto riferimento alla c.d. concordanza. A ben vedere, la concordanza non sembra riguardare l'indizio in sé, quanto invece la prova indiziaria, e cioè attiene alla coerenza di insieme di plurimi indizi al fine di determinare i contorni della prova indiziaria.

Ovviamente, anche nel processo amministrativo se il giudice avesse a disposizione una pluralità di indizi, allora dovrebbe valutare anche la concordanza tra essi, in assenza della quale i fatti pur certi (gli indizi) non assumerebbero dignità di prova indiziaria e quindi non avrebbero quella capacità di indurre il giudice a decidere in un certo senso.

Tuttavia, sovente nel processo amministrativo, soprattutto quello di legittimità, ma anche quelli di giurisdizione esclusiva (il richiamo ancora una volta, per esempio, a tutte le problematiche legate ad aspetti economici, sull'abuso di posizione dominante) non si ha la possibilità di accertare fatti costituenti plurimi indizi, ma gli elementi fattuali portati a cognizione del giudice finiscono con il riassumersi nelle figure sintomatiche già richiamate.

Si è già evidenziato che nel processo amministrativo non pare che il giudice possa accedere ad una pronuncia di *non liquet*, dovendo comunque regolare il rapporto sia nel processo di legittimità sia negli altri processi.

In assenza di plurimi indizi, la particolarità del regime probatorio nell'ambito del giudizio amministrativo porta a ritenere che la prova indiziaria possa conseguire anche ad un elemento isolato, cioè un indizio unico.

Che cosa significa indizio isolato? In mancanza di elementi probatori contrastanti, di ulteriori fatti che in qualche modo possono minare il ragionamento logico tra l'accertamento del fatto e la sua conseguenza (o antecedenza), anche un indizio isolato può essere significativo e può incidere sul libero convincimento del giudice.

In fondo, tutte le figure sintomatiche costituiscono sostanzialmente indizi isolati.

Certamente per assurgere a prova indiziaria e incidere sul libero convincimento del giudice, l'indizio deve essere grave e preciso, e, come detto, laddove siano plurimi deve esservi concordanza; ma, soprattutto, il ragionamento inferenziale pretende l'affidabilità e cioè un grado di credibilità razionale della fonte del processo narrativo della conoscenza, una fondatezza, e cioè ci deve essere in qualche modo un connotato semantico dell'enunciato, fattuale, che corrisponde a un patrimonio di conoscenza comune.

Come già rilevato in uno studio più approfondito, l'indizio rilevante, in sede di processo probatorio a supporto di una decisione amministrativa, dovrebbe, in definitiva, rispondere ai seguenti requisiti e criteri:

- i. gravità e precisione (imprescindibili);
- ii. concordanza, laddove vi siano plurimi indizi (e sempre che siano gravi e precisi);
- iii. affidabilità, soprattutto in caso di indizio 'isolato' (intesa come grado di credibilità razionale della fonte e del processo generativo della conoscenza);
- iv. fondatezza, soprattutto in caso di indizio 'isolato' (intesa come nesso semantico e sintattico tra l'enunciato fattuale e il patrimonio di conoscenze e credenze di cui è in possesso il decisore);
- v. congruenza, interna e esterna (della narrazione nel contesto complessivo);
- vi. coerenza logica (intesa come non contraddittorietà logica degli enunciati della narrazione);

- vii. coerenza inferenziale (intesa come l'accordo tra le plurime inferenze e le correlate massime esperienziali, con cui il decisore collega gli eventi diversi al fine di giungere al risultato di prova).

Il libero convincimento del giudice in questi casi si fonda anche sulla sua esperienza. La congruenza interna ed esterna, la cosiddetta coerenza logica, la coerenza narrativa, ma soprattutto quello che è importante è che ci sia l'utilizzazione di massime esperienziali che solo il giudice in qualche modo può esprimere.

E ciò dimostra, a maggior ragione, che il Giudice, con la sua capacità di individuare e di creare massime esperienziali, finisce per essere «il principe o il signore della prova».

La parità delle parti nell'istruttoria del processo amministrativo

di PIERA MARIA VIPIANA

SOMMARIO: 1. La parità delle parti nel processo amministrativo come principio costituzionale e codicistico — 2. La parità delle parti con riferimento a profili diversi dall'istruttoria processuale. — 3. La parità delle parti in materia di istruttoria processuale come tema pluriarticolato. — 4. Parità delle parti e onere della prova. — 5. Parità delle parti e accesso ai fatti. — 6. Parità delle parti e scansione dei tempi processuali. — 7. Parità delle parti, singoli mezzi di prova e consulenza tecnica d'ufficio. — 8. Considerazioni conclusive.

1. La parità delle parti nel processo amministrativo come principio costituzionale e codicistico.

Il mio contributo potrebbe essere compendiato in un'affermazione: non esiste effettivamente la parità delle parti nell'istruttoria processuale propria del giudizio amministrativo. In realtà il discorso è più complesso, perverrà a conclusioni in parte differenti e dev'essere iniziato con riguardo alla parità delle parti in generale.

Come noto, il principio di parità delle parti è costituzionalizzato. Infatti, la legge costituzionale n. 2 del 1999 ha modificato l'art. 111 Cost., premettendo al primo comma, fra l'altro, la disposizione per la quale «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale» ⁽¹⁾. Sovente la Corte costituzionale, anche

⁽¹⁾ Precisamente i principi del giusto processo e della parità delle parti in giudizio sono sanciti dagli artt. 111, commi 1 e 2, e art. 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU (C. Cost. n. 4/2024 e n. 77/2024).

molto recentemente, utilizza il principio di parità delle parti per declaratorie di illegittimità costituzionale ⁽²⁾. In dottrina è stato specificato che il «principio del giusto processo amministrativo regolato dalla legge [...] vede nella parità delle parti la sua più significativa declinazione» ⁽³⁾.

Poco dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2 del 1999 Vittorio Domenichelli ⁽⁴⁾ osservava che «il superamento del modello autoritario nei rapporti sostanziali fra amministrazione e cittadini ⁽⁵⁾ [...] e l'affermazione [...] dei diritti del cittadino nei confronti dell'amministrazione, non hanno (irragionevolmente) comportato per lungo tempo la modifica dello schema processuale». Rilevava altresì che alle richieste di tutela effettiva legislatore e giurisprudenza avevano dato risposte affrettate, che

⁽²⁾ In tal senso la sentenza 11 gennaio 2024, n. 4, della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 51, comma 3, della legge n. 388 del 2000 perché «la disposizione censurata, avendo introdotto una norma innovativa ad efficacia retroattiva, al fine specifico di incidere su giudizi pendenti in cui era parte la stessa amministrazione pubblica, e in assenza di ragioni imperative di interesse generale, si è posta in contrasto con i principi del giusto processo e della parità delle parti in giudizio, sanciti dagli artt. 111, commi 1 e 2, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, nonché con i principi di eguaglianza, ragionevolezza e certezza dell'ordinamento giuridico di cui all'art. 3 Cost.». La Consulta ha argomentato specificando che «i principi concernenti l'effettività della tutela giurisdizionale e la parità delle parti in giudizio, impediscono al legislatore di risolvere, con legge, specifiche controversie e di determinare, per questa via, uno sbilanciamento tra le posizioni delle parti coinvolte nel giudizio (tra le altre, sentenze n. 201 e n. 46 del 2021, n. 12 del 2018 e n. 191 del 2014)».

Inoltre, con la sentenza 6 maggio 2024, n. 77, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 36, commi 1 e 2, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, perché la disposizione, avendo introdotto una norma ad efficacia retroattiva, al fine specifico di incidere su giudizi di cui era parte la stessa amministrazione pubblica, e in assenza di ragioni imperative di interesse generale, ha violato i principi del giusto processo e della parità delle parti in giudizio, sanciti dagli artt. 111 e 117, primo comma, Cost., e per mezzo di quest'ultimo dall'art. 6 CEDU, nonché il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Cfr. pure Cons. Stato, 5 settembre 2024, n. 7445, e Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2024, n. 8322.

⁽³⁾ V. BERLINGO, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, 2020, 45.

⁽⁴⁾ *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir proc. amm.*, 2001, 4, 859 ss.

⁽⁵⁾ *Ivi*, 863.

hanno portato ad un sistema “molto pasticciato” ⁽⁶⁾.

Quanto alla situazione riscontrabile dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, una vera e propria parità delle parti — da intendere anche come parità delle armi ⁽⁷⁾ — non sembra riscontrabile.

Da un lato, sussiste la proclamazione espressa del principio di parità delle parti, sebbene in una formulazione meno netta di quella contenuta nella versione di codice licenziato dalla commissione insediata presso il Consiglio di Stato l’11 febbraio 2010: infatti il testo della commissione sanciva il “principio di effettiva parità delle parti”, enfatizzando, molto opportunamente, che in materia conta l’effettività; invece la versione definitiva del codice — stabilendo, all’art. 2, comma 1, che «Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall’articolo 111, primo comma, della Costituzione» — si riferisce, più semplicemente, alla parità delle parti *tout court*.

Da un altro lato, sono state introdotte disposizioni inquadrabili nell’ambito del principio di parità delle parti.

Dall’altro lato ancora, non mancano affermazioni giurisprudenziali che interpretano le disposizioni codicistiche alla luce del principio di parità delle parti.

2. La parità delle parti con riferimento a profili diversi dall’istruttoria processuale.

Ciò premesso, occorre osservare che in relazione ad aspetti diversi dall’istruttoria la parità delle parti è richiamata da vari punti di vista. In questa sede sono sufficienti talune osservazioni a titolo meramente esemplificativo.

⁽⁶⁾ L’art. 2, rubricato “Giusto processo”, prevedeva, al comma 1: «Il giudice amministrativo garantisce in ogni stato e grado del processo il rispetto del principio di effettiva parità delle parti, il loro pieno accesso agli atti e la piena conoscenza dei fatti».

⁽⁷⁾ Cfr. al riguardo, in particolare, G. DE GIORGI CEZZI, *Parti del Processo* [dir. amm.], *Diritto on line*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2016.

Innanzitutto, il richiamo alla parità delle parti rileva in relazione alle modalità di redazione dei motivi di ricorso.

Come ancora molto recentemente il Consiglio di Stato ⁽⁸⁾ ha ribadito e risulta da costante giurisprudenza in materia ⁽⁹⁾, l'art. 40, comma 1, lettera d), c.p.a. impone che i motivi di ricorso siano specifici e il ricorrente non possa addurre censure assolutamente generiche, confidando in una specie di «intervento correttivo del giudice che sarebbe così chiamato ad una sostanziale integrazione delle lacune difensive»: integrazione che sarebbe inammissibile, in quanto «in palese contrasto sia con la necessaria terzietà dell'organo giudicante, sia con il principio della parità delle parti nel processo» ⁽¹⁰⁾.

In particolare, si è specificato in giurisprudenza che l'onere di specifica individuazione dei motivi di cui all'art. 40 del codice non consente che «ci si possa basare sul mero richiamo “*per relationem*” ad una pletora di documenti prodotti [...] al momento dell'iscrizione a ruolo del ricorso”, perché “le altre parti e il giudice sarebbero in tale ipotesi costretti a svolgere una attività di ricerca dei vizi e delle prove, non consona ad un processo basato sui principi della domanda di parte, del contraddittorio e della parità delle parti» ⁽¹¹⁾.

In secondo luogo, il principio viene richiamato al fine di delineare i confini della rilevanza dell'errore scusabile.

Ancora molto recentemente il Consiglio di Stato ha definito la rimessione in termini per errore scusabile come istituto di

⁽⁸⁾ Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2024, n. 4540.

⁽⁹⁾ *Ex pluribus* Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2022, n. 5368.

⁽¹⁰⁾ in tal senso da ultimo T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 11 gennaio 2024, n. 303; Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2023, n. 5550. Altrimenti detto: «i motivi di ricorso devono essere “specifici”, ai sensi dell'art. 40 del c.p.a., non potendo la parte ricorrente addurre censure assolutamente generiche, fidando in una sorta di inammissibile intervento correttivo del giudice, che sarebbe così chiamato ad una sostanziale integrazione delle lacune difensive, integrazione che si porrebbe però in contrasto con la necessaria terzietà dell'organo giudicante e con il principio della parità delle parti nel processo» (T.A.R. Lazio, sez. IV, 24 luglio 2024, n. 15108).

⁽¹¹⁾ Così T.A.R. Lazio, sez. V ter, 18 luglio 2024, n. 14646, con richiami a giurisprudenza precedente (Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2006, n. 705).

carattere eccezionale ⁽¹²⁾ e la disposizione che lo contempla di stretta interpretazione ⁽¹³⁾. In proposito ⁽¹⁴⁾ si è espressa l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ⁽¹⁵⁾, secondo cui l'art. 37 c.p.a., al pari della previgente disciplina processuale dell'istituto dell'errore scusabile, dev'essere considerato di stretta interpretazione, visto che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria che essa presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe alla fine risolversi in un grave *vulnus* del pariordinato principio di parità delle parti (art. 2, comma 1, c.p.a.), sul versante del rispetto dei termini perentori

⁽¹²⁾ Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2024, n. 6456: quanto all'errore scusabile invocato dall'appellante va ricordato che la rimessione in termini per errore scusabile è un istituto di carattere eccezionale, posto che esso delinea una deroga al principio cardine della perentorietà dei termini di impugnazione (Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2024, n. 1691). La rimessione in termini è un istituto di stretta interpretazione la cui operatività deve ritenersi limitata alle ipotesi in cui sussista effettivamente un impedimento oggettivo ovvero un errore scusabile in cui sia incorsa la parte processuale, determinato da fatti oggettivi, rappresentati — di regola — dall'oscurità del testo normativo, dalla sussistenza di contrasti giurisprudenziali o da erronee rassicurazioni fornite da soggetti pubblici istituzionalmente competenti all'applicazione della normativa violata; infatti, un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria, che esso presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe comportare un grave *vulnus* del pari-ordinato principio di parità delle parti relativamente al rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale (Cons. Stato, sez. III, 6 ottobre 2023, n. 8726).

⁽¹³⁾ Cons. Stato, sez. VII, 2 settembre 2024, n. 7334. Per la costante giurisprudenza il rimedio della rimessione in termine per errore scusabile di cui all'art. 37 c.p.a. è eccezionale e la norma che lo contempla è di stretta interpretazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4012; sez. V, 28 luglio 2014, n. 3986).

⁽¹⁴⁾ Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2024, n. 7868. Non sussistono neppure i presupposti per la concessione dell'errore scusabile, come da richiesta veicolata con il terzo motivo d'appello, reiterativa di analoga domanda formulata in primo grado (e disattesa dal T.A.R.). In primo luogo deve ricordarsi che nel processo amministrativo la sottoposizione dell'azione di annullamento a un termine decadenziale «assolve all'essenziale funzione di garanzia della stabilità degli effetti giuridici, in conformità con l'interesse pubblico di pervenire in tempi brevi alla definitiva certezza del rapporto giuridico amministrativo» (Corte cost. n. 94 del 2017) e che «l'effetto di impedimento della decadenza va, in definitiva, ricollegato all'esercizio dell'azione entro il termine perentorio» (Corte cost. n. 148 del 2021).

⁽¹⁵⁾ Già in passato i presupposti per la concessione dell'errore scusabile sono stati già chiariti dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 3 del 2010) in coerenza con il quadro di principi discendente dalla pregressa disciplina anteriore al codice del processo amministrativo.

stabiliti dalla legge processuale ⁽¹⁶⁾.

In terzo luogo, la parità delle parti gioca un ruolo rilevante ai fini della decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso o dei motivi aggiunti.

In sintesi, la giurisprudenza afferma che, «qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti [...] (e dei relativi allegati)», «il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti»: invero, i comportamenti dilatori della stessa amministrazione «non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti» ⁽¹⁷⁾.

Quanto alla correlazione fra decorrenza dei termini impugnatori e concreto accesso ai documenti o, in generale, alle informazioni richieste, in dottrina si è convincentemente osservato che «la disciplina sull'accesso, neanche nell'ultima versione di accesso civico introdotta dal d.lgs. n. 97/2016, ha contribuito a spazare via definitivamente la disparità delle parti sul piano della di-

⁽¹⁶⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 32 del 2012. Anche in successive occasioni l'Adunanza plenaria si è espressa in materia. posto che una somministrazione eccessivamente benevola del beneficio «finirebbe per inficiare il principio, quantomeno di pari dignità rispetto all'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, della parità delle parti relativamente all'osservanza dei termini processuali perentori» (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 33), tuttavia è altrettanto vero che, per garantire una qualche utilità alla norma in esame, risulta necessario riconoscerne l'applicabilità a situazioni in cui siano ravvisabili oggettive ragioni di incertezza in ordine alla durata del termine che la parte ha mancato di rispettare (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22).

⁽¹⁷⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12, e Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2024, n. 2882. Cfr. pure Cons. Stato, Sez. V, 19 luglio 2024, n. 6527. Si è precisato quanto segue: «Siffatto nuovo termine si applica, in particolare, laddove l'amministrazione non dia "immediata conoscenza" degli atti di gara, in specie mediante tempestiva risposta alla (anch'essa tempestiva) richiesta d'accesso, da evadere entro il termine di 15 giorni (cfr. Cons. Stato, V, 20 marzo 2023, n. 2796; 7 febbraio 2024, n. 1263; III, 15 marzo 2022, n. 1792; V, 4 ottobre 2022, n. 8496), e coincide con l'ordinario termine d'impugnazione di trenta giorni, decorrente dalla effettiva ostensione dei documenti richiesti dall'interessata (cfr. Cons. Stato, IV, 11 novembre 2020, n. 6392; V, n. 8496 del 2022, cit.; cfr. anche, per il decorso del termine dall'evasione dell'istanza d'accesso, Id., n. 575 del 2021, cit.; 26 aprile 2022, n. 3197, cit.; 29 aprile 2022, n. 3392)» (Cons. Stato, Sez. V, n. 2882/2024, cit.).

sponibilità degli elementi probatori, per la semplice ragione che, al netto dei tradizionali ritardi che spesso si verificano per il rilascio dei documenti, la proposizione dell'istanza di accesso non ha mai avuto, nel nostro ordinamento, effetti interruttivi sul decorso dei termini per proporre ricorso giurisdizionale»⁽¹⁸⁾. Certamente però il mancato accesso o il ritardato accesso, nei casi in cui non sia vietato, comporta perlomeno un ritardo nella possibilità di ricorso da parte di chi si ritiene leso da un atto, o da un'inerzia o in generale da un comportamento di una pubblica amministrazione.

Ora, con la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti sancita dal codice di cui al d.lgs. n. 36/2023, la disciplina dell'accesso in materia è mutata, come si evince dall'art. 35⁽¹⁹⁾. Invero, si prevede — fatta salva la disciplina prevista dal codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza e i casi i cui l'esercizio del diritto di accesso è differito — l'accesso diretto attraverso le piattaforme digitali. Di conseguenza, con riguardo ai contratti per i quali opera la digitalizzazione del ciclo di vita, gli assunti di cui sopra sono destinati a mutare, ovviamente purché le regole che riguardano tale digitalizzazione siano rispettate in modo accurato. Per gli altri tipi di contratti e per i settori diversi da quello contrattuale, invece, restano valide le considerazioni di cui sopra.

3. La parità delle parti in materia di istruttoria processuale come tema pluriarticolato.

Premesse queste brevi considerazioni sulla parità delle parti⁽²⁰⁾ nel processo amministrativo in generale, il discorso — sempre

⁽¹⁸⁾ G. TROPEA, *Lo svolgimento del processo in primo grado: fase istruttoria. I principi dell'attività istruttoria*, a cura di G.P. CIRILLO - S. PERONGINI, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2020, 242.

⁽¹⁹⁾ Invero l'art. 35 stabilisce che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33».

⁽²⁰⁾ In materia di parti nel processo amministrativo, ampia è la letteratura, già risa-

incentrato su qualsivoglia specie di parte processuale ⁽²¹⁾ — deve attenere, in modo specifico, alla parità delle parti con riferimento all'istruttoria processuale.

In tale ambito il principio della parità delle parti gioca — per considerare i profili principali e senza pretesa di esaustività — un quadruplice ruolo nel processo amministrativo: da un lato, rispetto all'onere della prova in generale; dall'altro lato, relativamente al pieno accesso ai fatti; dall'altro lato ancora, riguardo alla scansione dei tempi processuali; infine, con riferimento a singoli mezzi istruttori.

Ciascuno di tali profili costituirà oggetto di una sintetica analisi, all'esito della quale si svolgeranno alcune brevi considerazioni conclusive.

All'esame delle questioni summenzionate occorre premettere taluni rilievi su due istituti rientranti nella più ampia tematica dell'istruzione probatoria nel processo amministrativo: le presunzioni e la mancata contestazione dei fatti.

Relativamente a queste ultime, si è correttamente precisato che, nel processo amministrativo, il principio sancito dall'art. 64, comma 2, c.p.a. ⁽²²⁾ «non implica che la “non contestazione” finisca per costituire una prova legale. Il giudice può porre a fondamento della decisione la valutazione probatoria di un fatto dal quale il ricorrente ritiene debbano discendere conseguenze sul

lente. Ad esempio, si considerino: Sulle parti nel processo amministrativo, oltre ai manuali ed alle opere di carattere generale, cfr.: F. BENVENUTI, *Parte (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano 1981, 962 ss.; F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, 1979; E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano 1988; L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Napoli, 1996, 59 ss.

⁽²¹⁾ Tenendo conto che nel processo amministrativo si possono avere giudizio con parti pubbliche e giudizi “a parti invertite”. In materia cfr. N. DURANTE, *Il processo amministrativo a parti invertite (alias, quando l'amministrazione è ricorrente)*, in *www.giustizia-amministrativa*, ottobre 2004, e P. M. VIPIANA, *Le parti*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di P.M. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, II edizione, Milano, 2024, 265 s.

⁽²²⁾ Ai sensi del quale «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».

piano del diritto. I fatti non contestati non sono assunti come veri, ma il giudice dovrà valutarli nel contesto del complessivo materiale probatorio» (23). In altri termini, «una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione fa assurgere a prova piena quanto dedotto» (24).

Tale lettura che la giurisprudenza dà della disposizione sulla non contestazione dei fatti rende palese il ruolo delle parti — l'una allega un fatto che, se l'altra non lo contesta, si intende provato —, del contraddittorio fra esse (perché l'allegazione di un fatto dev'essere conoscibile dall'altra parte) e quindi della parità delle parti in sede istruttoria processuale.

Quanto alle presunzioni, alle quali i giudici amministrativi non di rado fanno riferimento (25), si è osservato come la giurisprudenza operi sempre più spesso «anche contro e fuori i canoni legali di ripartizione degli oneri probatori, facendo ricorso a presunzioni che progressivamente si astraggono dalle peculiarità dei casi concreti e assumono un andamento per classi, tipico e tendenzialmente costante» (26).

In proposito è stato acutamente osservato che «A ben guardare, tale modello di razionalizzazione per *Fallgruppen* tipizzati attribuisce, nella maggior parte dei casi, una condizione di *favor* alla tutela dell'interesse pubblico e si traduce in un *vulnus* al principio del giusto processo amministrativo» (27). In effetti, laddove la presunzione operi a favore di una parte (verosimilmente dell'amministrazione pubblica), la parità delle parti verrebbe ridotta in modo ingiustificato.

(23) L'assunto è incontestato in giurisprudenza e viene, ad esempio, enunciato da Cons. Giust. Amm. Sicilia, 19 marzo 2021, n. 218, e da Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2025, n. 2195.

(24) Cfr., in particolare, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 17 maggio 2023, n. 8424, e T.A.R. Lombardia, sez. III, 14 luglio 2025, n. 2664.

(25) Cfr., di recente, Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2025, n. 3357.

(26) G. TROPEA, *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 3-4, 14 ss.

(27) V. BERLINGÒ, *op. cit.*, 45.

4. Parità delle parti e onere della prova.

Dal primo punto di vista che ci si era prefisso come prospettiva di indagine, quello dell'onere della prova, costantemente la giurisprudenza afferma che, riguardo ai poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo, «il legislatore, con gli articoli 63, 64 e 65 del codice del processo amministrativo, ha recepito un modello intermedio tra quello dispositivo puro e quello inquisitorio puro, ovvero sia il modello dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del principio di prova, con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di fornire la prova dei fatti dedotti, pur potendo fornire un principio di prova»⁽²⁸⁾. In tal modo la giurisprudenza ha pienamente recepito noti assunti dottrinali⁽²⁹⁾.

Al riguardo rileva l'osservazione, contenuta in giurisprudenza, secondo cui tali poteri d'ufficio del giudice sono giustificati dall'esigenza di ricostruire in sede processuale un equilibrio tra le posizioni delle parti, dal momento che normalmente la disponibilità della prova dei fatti rilevanti è nelle mani della sola amministrazione, che li ha acquisiti nell'ambito del procedimento amministrativo: pertanto nel processo si realizza un'eguaglianza sostanziale tra le parti, nell'alveo del principio costituzionale della parità delle stesse⁽³⁰⁾.

Quindi il giudice amministrativo, esercitando i suoi poteri istruttori, porrà a carico dell'amministrazione l'onere di fornire la prova di determinati fatti che sono nella sua disponibilità: «l'indebitamento dell'amministrazione al provvedimento istruttorio, compendiandosi in un comportamento processuale non colla-

(28) Cons. Stato, Sez. II, 22 agosto 2024, n. 7216, secondo cui comunque «In ogni caso, il giudice non può supplire a radicali carenze probatorie, ma può svolgere solo un ruolo complementare e integrativo: i poteri istruttori d'ufficio sono invero uno strumento di soccorso, non di supplenza di una parte inerte».

(29) In particolare quelli di F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, *passim*, spec. 154 ss.

(30) Sentenza ultima citata.

borativo, può essere considerato dal giudice come argomento di prova e, pertanto, in concorso con altri elementi, può consentire al giudice amministrativo di accogliere la ricostruzione di quei fatti proposta dal ricorrente»; invero, nel codice del processo amministrativo si prevede espressamente e in termini generali che il giudice può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo (art. 64, comma 4, c.p.a.); il che comunque è inferibile anche tramite l'utilizzo del disposto dell'art. 116 c.p.c., applicabile al processo amministrativo in forza del rinvio esterno recato dall'art. 39 c.p.a.⁽³¹⁾.

I casi risolti in tal senso dalla giurisprudenza sono innumerevoli⁽³²⁾ e gli assunti or ora riportati sono ormai diritto consolidato, nonostante la dottrina avanzi talora alcune remore al riguardo⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ Al riguardo va evidenziato che, come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con decisione del 1° dicembre 1995, n. 32 (in un quadro ordinamentale differente, ma sulla base di principi analoghi a quelli oggi vigenti), in presenza di un'istruttoria disposta dal giudice amministrativo e non adempiuta dall'amministrazione, in applicazione della regola di giudizio dell'art. 116 c.p.c., il giudice amministrativo può dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, salvo, come precisato dalla giurisprudenza successiva, che non vi siano dati contrastanti con i fatti affermati dal ricorrente, emergenti da altri elementi (cfr., *ex aliis*, Cons. Stato, Sez. III, 23 settembre 2021, n. 5976; Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2021, n. 5103; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, Sez. giurisdizionale, 7 febbraio 2022, n. 177).

⁽³²⁾ Quindi, nel caso concreto, la mancata ottemperanza da parte di Roma Capitale dell'ordine istruttorio di ricerca presso i competenti uffici comunali «di una domanda di sanatoria edilizia inoltrata» da una cittadina dopo il 31 dicembre 1994 in relazione ad un immobile sito in Roma, «senza alcuna giustificazione, costituisce argomento di prova valutabile a sfavore dell'ente locale, che, saldandosi con il principio di prova fornito dalla ricorrente circa la presenza di detta domanda (sostanzianti nel pagamento della relativa oblazione), nonché con la mancata chiara, univoca e specifica contestazione dell'esistenza di tale istanza da parte dell'amministrazione (la quale invero non si è mai espressa sul punto, né sull'*an* né sul *quando* della domanda *ex* art. 39 della legge n. 724/1994, limitandosi ad affermare l'irrelevanza) determina la prova processuale – alla luce del principio probatorio processualciviltistico del più probabile che non – dell'effettiva esistenza di siffatta istanza di sanatoria e anche della sua tempestività in relazione all'art. 39, comma 4, della legge n. 724/1994 (e dunque della sua presentazione entro il 31 marzo 1995)» (Cons. Stato, Sez. II, n. 7216/2024, cit.).

⁽³³⁾ Si è scritto (C. LAMBERTI, *Disponibilità ed onere della prova*, relazione al convegno su *La disponibilità della domanda nel processo amministrativo*, Roma, 10-11 giugno 2011, 22 del dattiloscritto) che la disponibilità della prova, solennemente enunciata

In sintesi, la nozione ormai pacifica dell'onere del principio di prova vale a implementare la parità delle parti in sede di istruzione probatoria nel processo amministrativo. Ovviamente per gli ambiti in cui può valere.

In effetti, il discorso è differente nei casi, non infrequenti, in cui si tratti del giudizio nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, laddove la controversia verta in concreto su diritti soggettivi o, più in particolare, su diritti soggettivi di natura patrimoniale ⁽³⁴⁾.

Invero, in materia di diritti soggettivi, è stato definito granitico ⁽³⁵⁾ l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in base al quale «in materia di risarcimento del danno, vertendosi in tema di diritti soggettivi, trova piena applicazione il principio dell'onere della prova e non invece l'onere del principio di prova che, almeno tendenzialmente, si applica in materia di interessi legittimi» ⁽³⁶⁾.

Restando nell'alveo del processo amministrativo su interessi legittimi, occorre aggiungere a quanto rilevato in merito all'onere

nell'art. 64, comma 2°, «rimane comunque schiacciata dal principio di prova (che è la sua esatta negazione) riaffermato nel primo comma dell'art. 64 e dal potere acquisitivo del giudice ribadito nel terzo comma dello stesso art. 64». Si ritiene, in sostanza, che, «[i]ndipendentemente dal principio della "parità delle armi" al giudice amministrativo sarebbe ancora consentito di trasferire la richiesta di prova dall'uno all'altro soggetto del rapporto controverso e distribuire diversamente l'onere della prova a seconda dell'andamento del processo». Secondo questa dottrina, peraltro, il concetto di «disponibilità» enunciato dall'art. 64 c.p.a., consistendo in sostanza in un onere di allegazione della prova (comma 1°) temperato dal potere del giudice di acquisire le informazioni ed i documenti che siano nella disponibilità dell'amministrazione (comma 3), non coinciderebbe con quello di prova «onerata dalle parti» dell'art. 2697 c.c. e denoterebbe il malcelato intento di reintrodurre un libero apprezzamento della prova proprio del metodo acquisitivo e non di quello dispositivo (*ivi*, 24 s.).

⁽³⁴⁾ F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. Trim. di diritto e procedura civile*, 2017, 3, 924 ss.

⁽³⁵⁾ Da Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2024, n. 2458.

⁽³⁶⁾ Nel senso che «il giudice può intervenire in via suppletiva, con la liquidazione equitativa del danno, solo quando non possa essere fornita la prova precisa del *quantum* di danno, ma resta fermo che l'*an* del danno va provato dall'interessato. Né si può invocare la consulenza tecnica d'ufficio, perché questa non è un mezzo di prova, ma strumento di valutazione delle prove già fornite dalle parti. Pertanto, il giudice non può disporre una c.t.u., pena la violazione del principio di parità delle parti, per accertare l'*an* del danno dedotto». *Ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 2009, n. 1716.

della prova, che, pure nell'ottica della parità delle parti, rilevante per il processo amministrativo è, accanto a quello dell'onere di un principio di prova, il principio di vicinanza alla prova o "della riferibilità" o "della disponibilità del mezzo", in virtù del quale «diventa onerato della prova il soggetto per cui la prova è più facile, cioè il soggetto più vicino alle fonti di prova» ⁽³⁷⁾.

Si è infatti osservato che dall'art. 64 c.p.a. si ricava «una correlazione, tipica del processo amministrativo, tra onere e disponibilità», nel senso che «l'onere sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre»: ha l'onere di provare chi è più vicino alla prova ⁽³⁸⁾.

Tale concetto di vicinanza della prova appare utile al fine di smorzare la disparità delle parti in relazione all'onere della prova.

Si può in questa sede prescindere dal prendere posizione in merito ai rapporti fra il modello racchiuso nel brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit* e il criterio della vicinanza della prova ⁽³⁹⁾: si tratta dei rapporti di convivenza fra il brocardo e il criterio, ma in posizione non equiordinata tra loro? Certamente il principio di vicinanza alla prova è, «sia pure con parsimonia», «da sempre utilizzato» in giurisprudenza come criterio che, ancorché sussidiario, risulta spesso decisivo a livello di controversia concreta ⁽⁴⁰⁾. Anche il criterio della vicinanza della prova, per quanto in questa sede interessa, risulta improntato a risaltare, nella sua effettività, il principio della equiordinazione delle parti nel processo amministrativo.

5. Parità delle parti e accesso ai fatti.

Quanto all'accesso ai fatti, prima dell'adozione del codice in dottrina si scriveva: «Nel processo amministrativo il fatto arriva al giudice attraverso la lettura selettiva che ne dà la pubblica

⁽³⁷⁾ F. SAITTA, *op. ult. cit.*, 914.

⁽³⁸⁾ G. VELTRI, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013, 2.

⁽³⁹⁾ F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit., 914.

⁽⁴⁰⁾ *Ivi*, 917.

amministrazione nel procedimento amministrativo ed il giudice amministrativo verifica la legittimità dell'assunzione del fatto da parte della pubblica amministrazione, ma non investiga il fatto direttamente» ⁽⁴¹⁾.

Quanto al codice del processo amministrativo, la versione licenziata dalla commissione insediata presso il Consiglio di Stato l'11 febbraio 2010 prevedeva, all'art. 2, che «Il giudice amministrativo garantisce in ogni stato e grado del processo il rispetto del principio di effettiva parità delle parti, il loro pieno accesso agli atti e la piena conoscenza dei fatti».

Una disposizione del genere manca nella versione definitiva del codice ⁽⁴²⁾.

Come si è osservato in giurisprudenza ⁽⁴³⁾ il «mutato volto del processo amministrativo», «incentrato sempre più sull'accertamento del rapporto, e non più solo sull'impugnazione dell'atto» e la «significativa estensione del perimetro» della giurisdizione amministrativa verso materie sempre più tecniche ha ormai reso essenziali l'«accesso diretto al fatto» e, conseguentemente, la messa a disposizione del giudice dei «necessari poteri, istruttori e decisori».

Il problema è però la (non di rado) scarsa conoscenza dei fatti da parte del ricorrente, rispetto ai quali non sempre sono determinanti e risolutivi gli istituti della partecipazione procedimentale e dell'accesso documentale o dei tipi di accesso civico.

⁽⁴¹⁾ E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, Nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006, fasc. 2, 499. L'Autore prosegue: «Data questa impostazione, i mezzi di prova sono conseguenzialmente «poveri» [...] Per un contraddittorio ad armi pari, bisognerebbe che il giudizio amministrativo, ormai articolato in due gradi, diventi anche il luogo in cui si devono accertare direttamente i fatti processualmente rilevanti e non pacifici tra le parti, dotando il giudice di tutti i mezzi istruttori previsti dal codice di procedura civile, tranne quelli incompatibili, così come è ormai stabilito nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [...] Si dovrebbe, cioè, rifondare legislativamente il processo amministrativo, dando il giusto rilievo all'accertamento giudiziale dei fatti in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità».

⁽⁴²⁾ In materia cfr. S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203 ss.

⁽⁴³⁾ Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069.

6. Parità delle parti e scansione dei tempi processuali.

L'ulteriore profilo in ordine al quale dev'essere trattato il principio della parità delle parti in ordine all'istruttoria processuale attiene alla scansione dei tempi nel giudizio amministrativo: quindi il principio si esplica nella parità delle armi, nel senso di identità dei termini e degli strumenti giudiziali ⁽⁴⁴⁾ ai fini di un effettivo esercizio dei poteri istruttori e quindi della parità delle armi in giudizio.

Questo profilo è rilevante poiché, come è stato scritto in dottrina ⁽⁴⁵⁾, «parità delle parti significa [...] possibilità per entrambe di prendere posizione sia sulle prove domandate o prodotte sia sulle richieste e difese avversarie»: «siffatta parità è posta in dubbio dal combinato disposto di una prassi non encomiabile dell'amministrazione resistente e da un'interpretazione giurisprudenziale blanda delle disposizioni che introducono i termini di costituzione in giudizio».

Al riguardo, sebbene la disciplina previgente fosse più penalizzante per il ricorrente ⁽⁴⁶⁾, ora il codice del processo amministrativo (all'art. 46, comma 2) precisa che l'amministrazione è tenuta, al momento della sua costituzione, a provvedere al deposito del provvedimento impugnato e di ogni altro atto utile ai fini del giudizio. Tuttavia il termine di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente e del controinteressato non è ritenuto perentorio dalla giurisprudenza e pertanto costoro possono

⁽⁴⁴⁾ A. CONTIERI - L.R. PERFETTI - S. PERONGINI, *Codice sistematico del processo amministrativo*, Torino, 2024.

⁽⁴⁵⁾ Da M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1.

⁽⁴⁶⁾ Se originariamente il ricorrente addirittura doveva, a pena di decadenza, attivare la procedura d'interpello per dimostrare il rifiuto opposto dall'amministrazione alla richiesta di rilascio del provvedimento amministrativo da impugnare (art. 19, r.d. n. 642 del 1907), la disciplina successiva parte dal presupposto del diverso patrimonio di conoscenze in possesso dell'amministrazione e del soggetto privato. Così prima l'art. 21, comma 3, della legge T.A.R. e ora l'art. 45, comma 4, c.p.a. dispongono che la mancata produzione da parte del ricorrente della copia del provvedimento impugnato e della relativa documentazione non produce alcuna decadenza.

costituirsi successivamente al termine normativamente prescritto, anche a ridosso dell'udienza di discussione, e lì presentare i relativi documenti e le loro difese, oppure possono costituirsi in giudizio con una memoria solo formale, attendendo l'ultimo giorno utile per svolgere le difese nella memoria finale (art. 73, comma 1, c.p.a.). Con la conseguenza, pregiudizievole per la reale parità delle parti, che il ricorrente si trova a dovere contrastare *in limine litis* tesi avversarie che ha conosciuto non in un congruo termine.

Vero è che l'art. 73 c.p.a. ha ora introdotto un termine per una memoria di replica, successivamente al deposito di documenti e memorie, potenzialmente in grado di riequilibrare la parità delle parti; tuttavia, se l'amministrazione può depositare documenti fino al termine per il deposito delle conclusionali, «non ha senso definire le difese successive del ricorrente come repliche». Tra l'altro, il deposito tardivo di memorie e documenti è subordinato a una valutazione del collegio (art. 54), mentre, facendo applicazione del principio costituzionale del contraddittorio, dovrebbe invece essere decisivo il consenso delle parti.

7. Parità delle parti, singoli mezzi di prova e consulenza tecnica d'ufficio.

Quanto al fondamentale profilo del materiale probatorio, in generale, si è osservato ⁽⁴⁷⁾ che «il giudizio amministrativo si svolge normalmente su quelle che i processualciviliisti chiamano prove precostituite e cioè su documenti ed atti che non si formano innanzi al giudice, nel processo in contraddittorio tra le parti, ma prima del processo; inoltre, sono atti e documenti che sono stati adottati da una delle parti e cioè l'amministrazione resistente. Si tratta, infatti, della verifica in giudizio della legittimità dell'azione amministrativa che ha leso l'interesse legittimo del ricorrente, per cui riguarda il sindacato sul potere per come è stato già

⁽⁴⁷⁾ E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006, fasc. 2, 499, § 5.

esercitato. L'attività riflessiva del giudice è su documenti ed atti che hanno dato concretezza ed attuazione al potere della pubblica amministrazione».

In altri termini, «il materiale probatorio è stato formato prima del processo da una delle parti in causa»: quindi «la posizione di vantaggio sostanziale, prima che processuale, dell'amministrazione dovrebbe portare a strutturare i mezzi di prova in modo che, nel caso non frequente in cui vengono disposti, siano tesi a ristabilire l'equilibrio tra le parti» ⁽⁴⁸⁾.

Il codice del processo amministrativo ha sancito un'espansione dei mezzi di prova e l'atipicità di essi, con rilevanti corollari, quali l'utilizzabilità delle prove assunte nell'ambito di un procedimento penale ⁽⁴⁹⁾. Qualche cenno sarà fatto in questa sede soltanto per i profili attinenti alla parità delle parti.

Quanto ai documenti, interessanti sono le affermazioni giurisprudenziali in materia di atti riservati: in presenza della qualificazione della riservatezza di atti del procedimento (come accaduto in un caso preso in esame dalla giurisprudenza, dove il verbale della Commissione è stato declassificato soltanto in un secondo momento), correttamente l'Amministrazione omette di indicarne il contenuto. Tuttavia, nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, di parità delle parti di fronte al giudice, si è ritenuto che la conoscenza del documento dev'essere consentita in corso di giudizio ⁽⁵⁰⁾.

In altri termini, occorre distinguere il piano del diritto sostanziale da quello del diritto processuale. Quindi, ad esempio, «in

⁽⁴⁸⁾ E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*

⁽⁴⁹⁾ Ad esempio, nella giurisprudenza amministrativa si legge: «la documentazione inerente a un procedimento penale (comprendente le risultanze delle intercettazioni telefoniche condotte dagli uffici della Procura della Repubblica) può essere utilizzata nel processo amministrativo, ispirato, come noto, al principio di atipicità dei mezzi istruttori (art. 64 c.p.a.), con il solo limite di pertinenza e credibilità, stante l'assenza di alcuna preclusione in ordine al suo utilizzo ai fini istruttori. E per prove non ci si riferisce soltanto a quelle acquisite in sede dibattimentale, ma anche alle emergenze processuali relative alle indagini preliminari, nonché ai dati istruttori ricavabili dall'ordinanza di custodia cautelare, dall'avviso di conclusione indagini, dalla richiesta di rinvio a giudizio e dal decreto di rinvio a giudizio» (Cons. Stato, Sez. III, 17 luglio 2025, n. 6302).

⁽⁵⁰⁾ T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 9 ottobre 2024, n. 17341.

presenza della classifica di riservatezza sugli atti istruttori preordinati all'adozione del decreto recante il diniego di concessione della cittadinanza, correttamente l'Amministrazione omette di indicarne il contenuto, al fine di non estendere la loro conoscenza a soggetti privi della prescritta abilitazione rilasciata dall'autorità preposta alla tutela del segreto di Stato»; tuttavia, nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, di parità delle parti di fronte al giudice (c.d. "parità delle armi"), «la conoscenza del documento deve essere comunque consentita in corso di giudizio al difensore dello straniero». In sostanza, a fronte di informative con classifica di "riservato", «il richiamo *ob relationem* al contenuto delle stesse può soddisfare le condizioni di adeguatezza della motivazione, mentre l'esercizio dei diritti di difesa e la garanzia di un processo equo restano soddisfatti dall'ostensione in giudizio delle informative stesse con le cautele e garanzie previste per la tutela dei documenti classificati da riservatezza» ⁽⁵¹⁾.

Rilevanti sono i profili riguardanti la verifica. Anche riguardo a tale istituto, come relativamente ad altri profili, si riscontra una differenziazione fra il contenuto di disposizioni del codice licenziato dalla commissione insediata presso il Consiglio di Stato l'11 febbraio 2010 e quello delle disposizioni definitive.

Invero, nel primo testo, si prevedeva che «Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può disporre consulenza tecnica ovvero ordinare a organi o enti, estranei al giudizio, l'esecuzione di una verifica». Pertanto, i due istituti erano completamente equiparati, nel senso che il giudice avrebbe potuto indifferentemente utilizzare l'uno o l'altro, a sua scelta.

Invece nella versione definitiva del codice, all'art. 63, comma 4, si dispone, a fronte della medesima premessa — ossia «Qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di va-

⁽⁵¹⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 3281/2019 e 7904/2019. V. pure T.A.R. Lazio, 27 settembre 2024, n. 16827.

lutazioni che richiedono particolari competenze tecniche» — che «il giudice può ordinare l'esecuzione di una verificaazione ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica». Di conseguenza, il testo vigente sembra delineare una sorta di graduazione: si deve ricorrere *in primis* alla verificaazione e, soltanto se indispensabile, alla consulenza tecnica.

La verificaazione, per effetto dell'art. 19, comma 2, c.p.a., secondo cui l'organismo verificatore deve essere «estraneo alle parti del giudizio», «si è andata allontanando dal modello disegnato dall'art. 44, r.d. n. 1054 del 1924, il quale prevedeva che la verificaazione fosse ordinata dal giudice esclusivamente all'amministrazione parte in causa» ⁽⁵²⁾: questa costituisce, sicuramente, un'evoluzione positiva.

Il citato art. 63, comma 4, che ammette il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio solo se «indispensabile», «elevando la verificaazione [...] a mezzo privilegiato per l'accertamento delle questioni fattuali e tecniche più complicate», secondo parte della dottrina «non sembra ... dare vita ad una irragionevole limitazione istruttoria; da un lato, perché il requisito della indispensabilità appare facilmente superabile, al punto da risultare, in pratica, inidoneo ad impedire al giudice di disporre la consulenza tecnica «ogni qual volta lo ritenga necessario ai fini di giustizia»; dall'altro, perché la verificaazione pare, comunque, strumento potenzialmente in grado di consentire l'imparziale accertamento di fatti complessi [...], in linea con il principio del giusto processo» ⁽⁵³⁾.

Inoltre, in materia di verificaazione si riscontra uno scarso peso della parità delle armi con riferimento al contraddittorio.

Al riguardo non mancano affermazioni che sanciscono la previsione di tale contraddittorio. Ad esempio, si è osservato che «la verificaazione costituisce mezzo istruttorio che non può ritenersi meno garantista rispetto alla consulenza tecnica, poiché anch'es-

⁽⁵²⁾ Come nota F.G. SCOCA, Sub art. 66, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA - V. LOPILATO, Milano, 2011, 558.

⁽⁵³⁾ S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 208 s.

sa deve svolgersi nel rispetto del contraddittorio tra le parti» ⁽⁵⁴⁾.

Nella giurisprudenza recente del Consiglio di Stato, per un verso, si legge che: «non è indispensabile, anche se auspicabile, che le controdeduzioni dei consulenti di parte siano portate a conoscenza del verificatore anche per dargli modo di rispondere in merito. L'aspetto imprescindibile del contraddittorio tecnico consiste nella possibilità per il giudice di conoscere tutte le relazioni tecniche cosicché, laddove abbia bisogno di un ulteriore approfondimento, lo proporrà al verificatore ed ai consulenti di parte» ⁽⁵⁵⁾. Si tratterebbe quindi di una sorta di contraddittorio *ex post*, a verifica conclusa e già portata a conoscenza del giudice: contraddittorio molto meno efficace di quello che si verificherebbe *ex ante*, qualora il verificatore, quando la sua attività non si sia ancora conclusa, sia in grado di conoscere le controdeduzioni.

Per un altro verso, non mancano ordinanze che dispongono la verifica unitamente al sopralluogo: ad esempio, a fronte dell'esito di una precedente verifica, del relativo contenuto e delle conclusioni ivi riportate, nonché in particolare dei diversi elementi di contestazione dedotti dalla parte appellata, una recente ordinanza ha disposto che occorre ottenere un supplemento di relazione dal verificatore e quindi innanzi tutto, occorre lo svolgimento di un sopralluogo, in contraddittorio coi tecnici di parte e, successivamente, occorre un'ulteriore analisi in ordine agli elementi indicati nell'ordinanza medesima ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cons. Stato, Sez. IV, 8 marzo 2012, n. 1343.

⁽⁵⁵⁾ Così Cons. Stato, Sez. VII, 21 giugno 2024, n. 5540, che afferma ciò in un caso in cui, all'esito del deposito della verifica la società appellata eccepiva la nullità della verifica per violazione del principio del contraddittorio poiché, sebbene il mezzo istruttorio non sia soggetto a particolari formalità come la c.t.u., non sarebbe stato rispettato il principio di parità delle parti. In particolare, la relazione del verificatore non avrebbe recepito le controdeduzioni sulle conclusioni del tecnico della società poiché non si sarebbe andati al di là di un incontro telematico conoscitivo su piattaforma *Teams*. Per il resto venivano formulate una serie di considerazioni critiche sulla relazione. Il Consiglio di Stato reputa che l'eccezione di nullità della verifica non può essere accolta poiché non vi è alcuna lesione del contraddittorio.

⁽⁵⁶⁾ Nella specie (presa in esame da Cons. Stato, Sez. VI, ord. 9 ottobre 2024, n. 8117), in relazione ai singoli aspetti indicati dalla memoria di parte, per conoscere: quali

Quanto alla consulenza tecnica d'ufficio, la sua applicabilità e la sua concreta applicazione nel processo amministrativo erano state da tempo al centro dell'attenzione tanto della dottrina ⁽⁵⁷⁾, quanto della giurisprudenza ⁽⁵⁸⁾. La consulenza tecnica d'ufficio,

opere di sistemazione del terreno e di bonifica, fra quelle realizzate ed accertate, sono previste dalla pianificazione attuativa; quali fra le opere di urbanizzazione siano state realizzate dalla Provincia; l'analisi di dettaglio dei documenti giustificativi dei costi riconosciuti, da cui viene tratta la ritenuta congruità, tenendo in considerazione la relativa e connessa documentazione e deduzione critica dei tecnici della Provincia.

⁽⁵⁷⁾ F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTTO, n. 205, Milano, 2001, 913 ss.; E. PICOZZA, *La c.t.u. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, V. PARISIO (a cura di), Milano, 1998, 185 ss.; G. PERULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002; S. SPINELLI, *Discrezionalità tecnica e mancato esperimento di consulenza tecnica in giudizio: un vulnus alla tutela sostanziale del privato?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 10, 3272 ss.; A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia « amministrativa »?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 3, 304 ss.; S. MIRATE, *Offerte anomale e ctu: il (concreto) accesso al fatto del giudice amministrativo*, Nota a Cons. Stato. Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, in *Urb. app.*, 2007, 183; M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533 ss.; M. ADORNO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 486 ss.; L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il processo*, 2020, 2, 428 ss.; F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'Arera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 429 ss.

⁽⁵⁸⁾ In sintesi, la giurisprudenza, in passato, si era divisa in due indirizzi. Quello maggioritario riteneva inammissibile la consulenza tecnica nel processo amministrativo di legittimità (in tal senso, *ex multis*: T.A.R. Lazio, Roma, 2 luglio 1980, n. 488; T.A.R. Lombardia, Milano, 18 novembre 1983, n. 146; T.A.R. Lombardia, Milano, 25 ottobre 1983, n. 16; Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 1985, n. 422; T.A.R. Sardegna, 22 novembre 1986, n. 693; T.A.R. Calabria, 22 luglio 1987, n. 346; Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321; Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 24 novembre 1992, n. 369; T.A.R. Campania, Napoli, 26 aprile 1993, n. 51). Un indirizzo minoritario, invece, ammetteva la consulenza tecnica nel processo amministrativo di legittimità, osservando, ad esempio, che: «La cognizione del giudice amministrativo non è limitata al c.d. sindacato esterno, inerente alla congruità e alla ragionevolezza delle valutazioni compiute dall'Amministrazione, ma si estende anche alla fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente in giudizio e quindi alla verifica della conformità dell'operato dell'Amministrazione rispetto alla norma. Ai fini di tale verifica il giudice amministrativo può disporre una consulenza tecnica, ancorché la vertenza attenga a un provvedimento che sia espressione di discrezionalità tecnica (nella fattispecie si trattava della verifica dell'anomalia di un'offerta per un appalto): l'ammissibilità della consulenza si ricava dal codice di procedura civile e dai principi sul processo affermati dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo» (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 maggio

introdotta dalla l. n. 205 del 2000 nella giurisdizione generale di legittimità, è disciplinata dal codice del processo amministrativo, che l'ammette soltanto in casi eccezionali (art. 63, comma 2) e la verifica continua a essere un mezzo di prova demandato pressoché esclusivamente all'amministrazione (art. 66): quindi ne risulta la rimessione dell'istruttoria giurisdizionale a una sola delle parti (come si è osservato in dottrina ⁽⁵⁹⁾).

Sarebbe auspicabile un maggior ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio. In proposito fondamentale sarebbe un *revirement* dei giudici ⁽⁶⁰⁾, certo nell'ambito dei rapporti fra essa e onere del principio di prova.

Ad esempio, in un caso in cui la parte ricorrente aveva depositato un'istanza istruttoria con richiesta di una nuova verifica o consulenza tecnica d'ufficio, il giudice aveva optato per la scelta «di non disporre un nuovo accertamento tecnico, anche nella forma della CTU, tenuto conto che la richiesta della ricorrente, con riferimento soprattutto all'omessa considerazione nella verifica delle osservazioni del proprio consulente, non può tener luogo di un principio di prova che può spingere il giudice ad utilizzare un ulteriore incombente istruttorio, poiché in caso contrario tale mezzo finirebbe per avere carattere meramente esplorativo» ⁽⁶¹⁾.

Tale assunto collima con il rilievo di un'imprecisione codicistica: la consulenza tecnica d'ufficio non è uno dei mezzi di prova, come il codice la qualifica, ma «costituisce più propriamente uno strumento di valutazione, sotto il profilo tecnico scientifico,

1997, n. 586, annotata da A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 11, 1997, 1262 ss. e da L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1742 ss. Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 aprile 1996, n. 463, con nota di O.M. CAPUTO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1996, 2982.

⁽⁵⁹⁾ M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., § 5.

⁽⁶⁰⁾ Che finora hanno mostrato solo "timide aperture" a far ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio, come rileva, ad esempio, C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 235.

⁽⁶¹⁾ Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2024, n. 9420.

di dati già acquisiti»⁽⁶²⁾ — e delle prove già fornite dalle parti⁽⁶³⁾ — «e non può pertanto essere utilizzata al fine di esonerare le parti dall'*onus probandi* gravante su di esse»⁽⁶⁴⁾. A *contrariis* nessun problema all'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio si riscontra laddove i ricorrenti non si siano limitati a chiederla, ma abbiano pure offerto specifici elementi di prova (nella specie, ad esempio, certificazioni mediche), per la cui valutazione il giudice ritenga indispensabile l'apporto conoscitivo specialistico fornito da un medico-legale⁽⁶⁵⁾.

Peraltro, è vero che l'art. 63, comma 4, c.p.a. ammette il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio solo se "indispensabile"; però è altrettanto vero che la nozione di indispensabilità non è un dato oggettivo e fisso, ma rientra in quei concetti dai contorni sfumati, che il giudice amministrativo — vero interprete senza spartito, per citare il titolo di una recente opera dottrinale⁽⁶⁶⁾ — può e deve riempire di contenuti concreti.

D'altronde è innegabile come il sempre crescente tecnicismo che caratterizza i rapporti amministrativi e che in sede sostanziale vede come protagonisti le pubbliche amministrazioni e i loro interlocutori (privati o soggetti pubblici che siano), esiga, in caso di controversie e quindi in sede processuale amministrativa, giudici attenti e sensibili: appare evidente che essi non possono essere "tuttologi" e che, per rendere una decisione accurata anche dal punto di vista tecnico, potrebbero aver bisogno dell'apporto di un consulente tecnico e non semplicemente di un verificatore. Di conseguenza, in tali casi il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio potrebbe a ragione ritenersi "indispensabile": tutto gira intorno all'interpretazione da attribuirsi a tale aggettivo, che non

(62) M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, in P.M. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, cit., 320.

(63) Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3596, e Id., Sez. VI, 29 agosto 2022, n. 7508.

(64) M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, cit.

(65) Cons. Stato, n. 7508/2022, cit.

(66) F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2022, *passim*.

può non essere costituzionalmente orientata e quindi attenta al rispetto delle “condizioni di parità” fra le parti in giudizio che sono richieste dalla Carta costituzionale. In effetti, se un ricorso generalizzato alla CTU non sarebbe giustificato dalla disposizione codicistica, si può ritenere che tale consulenza sia «riservata dalla norma», oltre che «all'accertamento dei fatti e alle valutazioni di particolare complessità», alle valutazioni «per le quali si impongono esigenze di terzietà che la verifica non può soddisfare»⁽⁶⁷⁾. In sostanza, proprio il rispetto dei principi di indipendenza e terzietà del giudicante e di parità delle parti esige un più ampio ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio da parte dei giudici amministrativi.

8. Considerazioni conclusive.

Al termine delle brevi riflessioni che, in merito ai rapporti fra principio di parità delle parti e istruzione probatoria nel processo amministrativo, si sono finora delineate, occorre pervenire a qualche considerazione finale, partendo dal pensiero di un illustre amministrativista: Feliciano Benvenuti aveva a lungo teorizzato, accanto ad un diritto amministrativo paritario⁽⁶⁸⁾, una giustizia amministrativa paritaria⁽⁶⁹⁾.

Con riferimento a quest'ultima il pensiero di Benvenuti è stato interpretato da molti autorevoli amministrativisti. Travi⁽⁷⁰⁾ rilevava che la «proposta epocale di Benvenuti» è «quella di ragionare su un processo in cui la parità delle parti sia effettiva e la terzietà del giudice costantemente praticata». Come ha osservato

⁽⁶⁷⁾ Come sintetizza M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 319 s.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., ad esempio, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994.

⁽⁶⁹⁾ Plurime critiche al processo amministrativo “non paritario” — si potrebbe dire — sono contenute in vari scritti dell'Autore: F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. IX, 1966, 741; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 815; F. BENVENUTI, *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Il Diritto dell'economia*, 1998, 523 ss.

⁽⁷⁰⁾ A. TRAVI, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *JUS Rivista di scienze giuridiche*, 2008, 2, 416.

Clarich ⁽⁷¹⁾ non è stato «ancora percorso fino in fondo il [...] cammino lungo la strada della paritarietà».

Certamente l'intuizione di Feliciano Benvenuti da molti anni si è concretizzata in un precetto costituzionale molto chiaro che, riguardo al processo amministrativo, non è stato ancora del tutto attuato, perlomeno con riferimento all'istruttoria processuale. In effetti, nelle pagine precedenti, si è avuto modo di rilevare come, riguardo ad alcuni degli istituti cardine correlati proprio a tale istruttoria, sussista una disparità delle parti, a vantaggio della parte pubblica e soprattutto dell'amministrazione resistente.

In sintesi, potremmo dire, anche alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, che riguardo alla parità delle parti nell'istruttoria processuale amministrativa si stanno svolgendo “lavori in corso”: taluni passi sono stati posti in essere, altri sono da fare e occorre — ad avviso di chi scrive — che non solo i giudici, ma anche le parti e i loro avvocati facciano velocemente.

Un'ultima considerazione: ai fini di concretamente fondare la parità delle parti nel processo amministrativo occorrerebbe desumere un corollario dal disposto dell'art. 64, comma 4, c.p.a., ai sensi del quale «il giudice ... può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo». Nel senso che, fra i comportamenti rilevanti da tenere in considerazione — e che sovente la giurisprudenza considera ⁽⁷²⁾ — dovrebbero pure rientrare quelli che limitano o precludono la parità

⁽⁷¹⁾ M. CLARICH, *La giustizia amministrativa nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, relazione svolta al Convegno su “Feliciano Benvenuti e il Diritto Amministrativo del Nuovo Secolo”, organizzata dal Consiglio di Stato e dall'Università Cattolica Sacro Cuore a Roma il 23 aprile 2008.

⁽⁷²⁾ Ad esempio, si consideri il caso in cui l'Amministrazione resistente, pur ri-tualmente costituita, non solo non ha prodotto alcuna memoria difensiva né documenti, ma non ha neppure ottemperato all'ordinanza presidenziale con la quale è stato ritenuto necessario, ai fini della decisione, il deposito, da parte dell'amministrazione, di una “documentata relazione sulla fattispecie oggetto di causa”. Secondo il giudice “ciò consente l'applicazione del principio di non contestazione rispetto alle deduzioni del ricorrente, ai sensi dell'art. 64, comma 2, c.p.a., ma anche di desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo, come previsto dal comma 4 del medesimo articolo appena richiamato” (T.A.R. Lazio, I *ter*, 29 luglio 2025, n. 14973).

dell'altra parte: ad esempio, potrebbe rientrare in tali comportamenti l'illegittima preclusione all'accesso, nei tempi previsti dalla normativa, ad un documento o ad un'informazione ⁽⁷³⁾.

Più in generale, occorre, ad avviso di chi scrive, far uso dell'intero tessuto normativo del codice e delle disposizioni cui esso rinvia al fine di assicurare la dovuta, piena, attuazione concreta, anche nell'istruttoria propria del processo amministrativo, del principio costituzionale e codicistico della parità delle parti.

⁽⁷³⁾ In materia v. *supra*, al § 2.

PROCESSO CONTABILE

Le parti nel processo dinanzi alla Corte dei Conti

di CHIARA CACCIAVILLANI

È stato osservato che nel processo amministrativo non vi è quella maturazione sul concetto di prova che si rinviene invece nel processo civile, pur non mancando, nella dottrina processual-amministrativistica, contributi e riflessioni che, ove recepite dalla giurisprudenza, allontanerebbero il divario tuttora percepibile tra i due processi intesi quali processi di parti in posizione tra loro paritaria.

Spostando l'attenzione dal processo amministrativo, così come plasmato dalle disposizioni codicistiche e dalla giurisprudenza, al processo dinanzi alla Corte dei conti — ed eminentemente al processo per responsabilità erariale — la divaricazione rispetto alle sofisticate elaborazioni della dottrina processual-civilistica in tema di prova appare ancora più marcato ed è frutto, a me pare, della scarsa elaborazione, in questo processo, della figura delle parti.

Anticipando la mia conclusione, ritengo che il punto di partenza sia, necessariamente, la sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024, la quale ha posto in luce, con molta eleganza, l'obsolescenza strutturale e funzionale della disciplina della responsabilità erariale, ma anche, tra le righe, del processo sulla responsabilità erariale; obsolescenza che la Corte ha derivato dal mutamento del concetto di amministrazione e dell'operare degli apparati amministrativi.

Rispetto ai profili di obsolescenza del processo contabile, quali traspaiono in particolare dal paragrafo 11 della sentenza

della Corte costituzionale, mi permetto di aggiungere una mia valutazione, che consiste nell'obsolescenza della disciplina delle parti e della nozione di parte sottesa a questa disciplina.

È a tutti noto che il diritto processuale nasce con la tarda pandettistica, e specificamente con quel suo frutto maturo che consiste nella enucleazione del diritto di azione come diritto autonomo dalla situazione giuridica soggettiva — il diritto soggettivo “sostanziale”, nel lessico della pandettistica — per la protezione della quale il processo giurisdizionale è esperibile.

L'elaborazione del diritto di azione come diritto autonomo e strumentale alla protezione del diritto soggettivo — che la dottrina contemporanea identifica come il lascito monumentale e tuttora vitale della pandettistica matura — è la base concettuale per la costruzione del processo giurisdizionale come processo di parti, che nel processo manifestano il bisogno di protezione della loro situazione giuridica soggettiva, identificata dalla pandettistica con il diritto soggettivo.

Nasce da qui la inesausta riflessione della dottrina sulla figura delle parti, con l'interrogativo — cruciale — della loro identificazione.

Chi siano le parti lo insegnava la grande pandettistica; in Italia, imprescindibile è, tuttora, il magistero di Giuseppe Chiovenda. Oggi vi è pressoché unanimità di consensi sull'identificazione delle parti del processo con le parti — o i soggetti — del rapporto sostanziale, ovvero con i titolari, o affermati titolari, di situazioni giuridiche soggettive sottostanti all'azione e per la protezione della quale viene esperita l'azione.

Nasce così l'idea del cosiddetto processo a vocazione subiettiva, che è un modello riconosciuto dalla nostra Costituzione ma anche dalle Costituzioni dei Paesi occidentali, oltre che dal diritto convenzionale Cedu. E si tratta di un modello che la Costituzione non consente di qualificare come l'unico possibile, ma che nondimeno essa postula come necessario, nel senso che lì dove è riconoscibile un interesse giuridicamente rilevante, esso è assistito dalla garanzia costituzionale del processo giurisdizio-

nale, che integra un diritto fondamentale. Un processo che deve svolgersi con le connotazioni del giusto processo, che oggi riconduciamo all'art. 111 Cost., ma che nulla aggiungono alle garanzie del processo e del giusto processo, così come individuate dalla pandettistica matura e riportate in Italia, e spiegate con chiarezza esemplare da Giuseppe Chiovenda, nel quale per tale ragione si riconosce il padre della nostra processualistica civile.

È peraltro importante ricordare che già Chiovenda isolava la figura dell'azione pura, cioè dell'azione disancorata dalla situazione giuridica soggettiva, il che ha portato poi, in una stagione successiva, alla elaborazione guicciardiana del processo amministrativo come processo non di vere parti in senso sostanziale, ma di processo nel quale vi è una sola parte, la pubblica amministrazione; Guicciardi non riconosceva la *qualitas* di parti del processo alle cosiddette parti private perché egli — che sotto questo profilo è l'ultimo grande pandettista — non riconosceva, così come oggi tuttora non si riconosce da parte di taluna dottrina, che esse fossero titolari, o affermate titolari, di una situazione giuridica soggettiva, e specificamente dell'unica situazione giuridica soggettiva che la grandiosa elaborazione pandettistica aveva isolato, ossia il diritto soggettivo. Va da sé che, una volta riconosciuta la natura di situazione giuridica soggettiva (anche) all'interesse legittimo, la figura dell'azione pura, quanto al processo amministrativo, è stata abbandonata, o è divenuta quanto meno recessiva. Se ne potrebbe forse parlare, ancora oggi, per alcuni processi amministrativi, peraltro celebrantisi secondo un rito speciale, volti — secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia — alla protezione dell'interesse obiettivo al rispetto dell'euro-diritto in materia di affidamento di appalti o concessioni pubbliche, con riferimento ai quali si parla, in dottrina, di processi a vocazione (non subiettiva ma) obiettiva.

Dal pensiero pandettistico puro, con un salto che riconosco essere ardito, si giunge alle elaborazioni di Proto Pisani, che ci parla della polisemia della locuzione “parte” e richiama l'attenzione sulla necessità di distinguere la parte in senso formale dalla parte in senso

sostanziale, nonché sul fatto che parte in senso formale e parte in senso sostanziale possono senz'altro non coincidere nel processo.

Si pone così il tema, affascinante e fertilissimo, della ricerca della cosiddetta “giusta parte”, laddove per giusta parte si intende sia la parte necessaria per giungere alla pronuncia di merito, sia la parte necessaria per la validità della sentenza di merito. Nel processo amministrativo, le “giuste parti”, ai fini della valida instaurazione del rapporto processuale, sono l'amministrazione autrice dell'atto impugnato e almeno uno dei controinteressati formali, con la conseguenza che laddove il contraddittorio non sia instaurato *ab origine* — entro il termine di decadenza — nei confronti tanto dell'una quanto dell'altro, è preclusa la pronuncia di merito e qualsiasi pronuncia, anche di rito, diversa dalla declaratoria di inammissibilità. Sempre nel processo amministrativo, sono “giuste parti” ai fini della validità della sentenza tutti i controinteressati, formali e sostanziali, così che la sentenza di merito eventualmente pronunciata in loro pretermissione è una sentenza invalida, la cui invalidità, ove fatta valere con l'appello, conduce all'annullamento con rinvio al giudice di primo grado.

Questo itinerario logico — riflesso dalle disposizioni del codice del processo amministrativo — è correlato alla perimetrazione del contraddittorio, alla luce della centralità del diritto di difesa di cui ci parla l'art. 24 Cost.

Su questa direttrice, ossia sulla ricerca della “giusta parte” alla luce del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, si muovono compattamente la dottrina processual-civilistica e processual-amministrativistica.

Ho qui sommariamente compendiato quasi due secoli di riflessione dottrinale, per buona parte riflessa nelle rispettive discipline codicistiche, perché a me pare necessario interrogarsi sul se ed eventualmente sul come tutto ciò abbia inciso sulla riflessione dogmatica e sulla disciplina codicistica del processo contabile per responsabilità amministrativa.

Ma a me pare che nella disciplina del codice della giustizia contabile siano alquanto scarni i riflessi della dogmatica sul tema

— e problema — delle “giuste parti” nel processo civile e nel processo amministrativo.

A tale sconcertata conclusione soccorrono molteplici indici, tutti normativi.

Innanzitutto, spetta soltanto al procuratore il diritto di azione; e notiamo bene che il codice di giustizia contabile non configura il procuratore come una parte, avendo costante cura nel distinguere il procuratore dalle parti, che sono i convenuti per danno erariale. E dunque questo processo *ab origine* non è costruito come processo di parti, perché il procuratore non è parte.

Non solo, ma spetta al procuratore l'individuazione delle parti, identificate dal codice con gli incolpati: si tratta di potere che spetta soltanto a lui.

Al giudice non è affatto consentito di disporre l'integrazione del contraddittorio.

Si è quindi sideralmente lontani siamo dalla grandiosa evoluzione concettuale, dogmatica e normativa che ha plasmato la figura dell'integrazione del contraddittorio — che è indice paradigmatico, occorre ricordarlo, del principio del giusto processo — e al relativo strumentario codificato sia nel codice del processo civile, sia nel codice del processo amministrativo.

Come viene giustificato il fatto che il giudice contabile non possa disporre l'integrazione del contraddittorio? Con la natura parziale della responsabilità di cui ci parla anche la sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024.

Dalla natura parziale della responsabilità, anche se il contraddittorio non è integro, deriva che ciascuno viene condannato per la quota di sua spettanza, quale che sia il concreto ruolo e la concreta posizione che ciascuno abbia rivestito nell'*agere* (o *non agere*) amministrativo che ha prodotto il danno erariale.

Quello che ne emerge, a mio avviso, è un profilo deficitario strutturale della disciplina delle parti nel processo contabile, ovvero una sua conformazione piuttosto primitiva rispetto all'evoluzione dogmatica del tema nel processo civile e nel processo amministrativo, ancor più grave — e per certi versi inspiegabile

— ove si consideri che il codice di giustizia contabile reca un rinvio esterno al codice di procedura civile per quanto espressione di principi generali: ma non vi è nulla di più lontano dai principi generali espressi dal codice di procedura civile della strutturalmente deficitaria disciplina delle parti e del principio del contraddittorio nel processo contabile.

E gravi sono le conseguenze pratiche di questa assoluta distonia tra i tre processi, che cerco di lumeggiare con la tecnica dell'*exemplum*, rappresentato dalla sentenza della Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione del Veneto, n. 28 del 2024, con la quale è stato deciso il caso di un professore universitario a tempo pieno convenuto in giudizio dalla Procura per aver esercitato attività libero-professionale asseritamente non consentita dal regime del tempo pieno.

Si noti che il soggetto pretesamente danneggiato dalla condotta indebita del professore è, quanto meno in prima battuta, l'Ateneo di appartenenza.

Il convenuto si difende dimostrando di avere svolto l'attività libero-professionale in forza di autorizzazioni rilasciate dal Rettore.

La Corte dei conti nondimeno emette sentenza di condanna affermando che le autorizzazioni rettorali sono illegittime e, per tale ragione, da disapplicare, così come illegittimo, e da disapplicare, è finanche il regolamento di Ateneo in applicazione del quale esse sono state rilasciate.

Il danneggiato è bensì l'amministrazione universitaria, ma il giudice contabile ha condannato il professore accertando l'illegittimità delle autorizzazioni (e a monte del regolamento di Ateneo) di quell'amministrazione, e perciò disapplicandole.

Vi è quindi *decisum* di condanna per danno erariale cagionato all'Università; e all'accertamento del danno cagionato all'Università il giudice è pervenuto attraverso l'accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti dell'Università e, a monte, del suo regolamento.

A stridere, nella pronuncia che ho assunto ad *exemplum*, è

l'assenza radicale della possibilità, per l'Università, di esercitare nel processo il diritto di difesa — della legittimità dei propri atti —, che è, peraltro, diritto presidiato dall'art. 24, comma 2, della Costituzione.

Questo approdo decisorio — frutto di una concezione alquanto primordiale della figura di parte, e *a fortiori* di “giusta parte” — è, a me pare, inconcepibile.

Né si potrebbe dire, per sorreggerlo o in qualche modo giustificare, che l'accertamento dell'illegittimità degli atti dell'Università è un accertamento *incidenter tantum* e senza forza di giudicato, perché la *quaestio iuris* principale, cioè la questione giuridica oggetto del giudizio di danno erariale verte sull'esistenza o meno delle autorizzazioni; e non si può spostare la *quaestio* da questione principale a questione degradata a oggetto di un mero accertamento incidentale.

Non è, l'*exemplum* che ho tratteggiato, un caso isolato: la recente giurisprudenza della Corte dei conti, sia di primo grado sia di appello, segue il medesimo itinerario in cui a mancare è il concetto di parte in senso sostanziale. Ne consegue che l'amministrazione “vede” *ab extrinseco* un *decisum* recante l'accertamento che essa ha subito un danno e che questo danno discende da atti illegittimi da essa stessa emanati, la cui illegittimità viene peraltro accertata solo in via incidentale e senza forza di giudicato; e ciò a conclusione di un processo in cui l'amministrazione non ha minimamente interloquuto, non potendolo fare per l'assenza di strumenti processuali a ciò idonei.

Possiamo chiederci — a voler utilizzare la leva della valenza delle sentenze della Corte dei conti quale strumento utile a garantire la buona amministrazione — come si possa pensare a un contenuto anche solo larvamente conformativo nei confronti di un soggetto che non è stato parte del giudizio: e non si può che escluderlo.

L'*exemplum* concorre a fondare la mia conclusione di obsolescenza sia della struttura della responsabilità, sia della disciplina processuale della responsabilità: e manifesto dunque adesione

convinta, da angolo prospettico diverso e ulteriore, ai profili di obsolescenza rilevati dalla Corte costituzionale con riferimento alla disciplina della responsabilità: nel processo contabile non si è raggiunto quel livello di maturazione sulla figura di parti che invece sarebbe non solo auspicabile, ma anche necessario in uno Stato di diritto in cui è presidiato a livello costituzionale il diritto di difesa.

Il sistema istruttorio nel processo avanti la Corte dei Conti

di CARLO EMANUELE GALLO

SOMMARIO: 1. Il sistema istruttorio originario della Corte dei Conti. — 2. Il superamento di questo sistema ed il codice della giustizia contabile. — 3. Il sistema istruttorio nel codice. — 4. La specificità del sistema istruttorio contabile. — 5. Il ruolo del giudice speciale.

1. Il sistema istruttorio originario della Corte dei Conti.

L'individuazione di quale sia il sistema istruttorio applicabile nel processo avanti la Corte dei Conti, e segnatamente applicabile al giudizio di responsabilità che è l'ipotesi attualmente più importante ed anche di più frequente applicazione, è giustificata, come problema, in relazione alle novità introdotte dal Codice della giustizia contabile, approvato con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, ed interessato successivamente da un moderato correttivo.

In precedenza, era pacifico che il sistema istruttorio avanti la Corte dei Conti fosse condizionato dal carattere sindacatorio ed inquisitorio del relativo processo. Ancorché in merito vi fossero discussioni e contrasti di interpretazione in giurisprudenza e in letteratura ⁽¹⁾, si intendeva, con l'espressione sindacatorio, che la Corte potesse individuare l'episodio di vita amministrativa in relazione al quale formulare le ipotesi di responsabilità, sia ricostruendo autonomamente i contorni di fatto e di diritto.

⁽¹⁾ La tematica è illustrata in modo analitico da M. RISTUCCIA, *I giudizi davanti alla Corte dei conti*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, 2^a ed., Milano, 2003, Vol. V, 4804 ss. e in modo più sintetico ma efficace da E. FERRARI, *Le giurisdizioni amministrative speciali*, ivi, 4722 ss.

to dell'episodio stesso, sia individuando e citando in giudizio i soggetti che potevano esservi coinvolti, indipendentemente dalle conclusioni assunte in merito dal Procuratore Generale (in allora non esistevano, come è noto, le Procure Regionali); il sistema inquisitorio era riferito alla possibilità per la Corte dei Conti di procedere d'ufficio alla ricerca delle prove e perciò alla disposizione dei mezzi istruttori, non solo nella fase di indagini affidate al Procuratore, che di natura procede d'ufficio, ma anche al momento dell'attività istruttoria collegiale, in pubblica udienza. A fronte di questa impostazione, si è detto, vi erano dei contrasti, poiché taluno riteneva che il carattere sindacatorio consentisse alla Corte di esaminare d'ufficio la legittimità di provvedimenti amministrativi e talun'altro no ⁽²⁾, anche se normalmente si riteneva che questa disamina non potesse andare oltre la disapplicazione ⁽³⁾; nei fatti, viceversa, l'applicazione del potere sindacatorio ed inquisitorio è risultata nel tempo molto limitata, poiché il Collegio ha sempre fatto un uso estremamente prudente dei suoi poteri ⁽⁴⁾. Le rare pronunzie difformi acquisiscono importanza proprio perché rare.

Ma, va detto, la prudenza nella gestione dei propri poteri è una caratteristica da sempre dei giudici amministrativi, e la Corte dei Conti nei tempi più lontani non faceva eccezione a questa regola.

La disciplina positiva, peraltro, non era ricca di disposizioni esplicite in questo senso, se non laddove ipotizzava una serie di poteri d'ufficio in capo al collegio e in contrasto con questo atteggiamento vi era poi il richiamo finale delle norme del Codice di procedura civile come disposizioni di ultima applicazione, contrastanti certamente con un processo sindacatorio o inquisitorio.

(2) Escludono che la Corte dei Conti possa conoscere della legittimità degli atti amministrativi A.M. SANDULLI, *Manuale dir. amm.*, 15ª ed., Napoli, 1989, 1519 e P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, Milano, 1976, 543.

(3) Questo potere è riconosciuto da P. VIRGA, *op. cit.*, 543.

(4) Evidenzia che l'attività istruttoria del collegio è meramente eventuale M. RISTUCCIA, *op. cit.*, 4821.

2. Il superamento di questo sistema ed il codice della giustizia contabile.

L'esigenza di superare questa impostazione si è manifestata da tempo, ed ha trovato spazio qua e là nelle varie leggi che periodicamente il legislatore ha dedicato alla Corte dei Conti ⁽⁵⁾, con ben maggiore frequenza di quanto non abbia fatto per il processo amministrativo; è proprio la possibilità che la Corte dei Conti ha di condannare al risarcimento dei danni sia amministratori che dirigenti che ha condotto a questa attenzione. E in effetti, quello che è il principio immanente nell'attività giurisdizionale della Corte dei Conti, e che rileva anche nella individuazione del sistema istruttorio, è che l'attività della Corte ha come obiettivo la realizzazione delle esigenze della finanza pubblica ⁽⁶⁾ e cioè la tutela non tanto del bilancio in sé quanto di tutte le risorse pubbliche, affinché siano utilizzate per le loro finalità istituzionali.

Da questo punto di vista, significativa è la legge delega che ha dato luogo al Codice di giustizia contabile, la cosiddetta Legge Madia (7 agosto 2015, n. 124), che si connotava per una serie di intenti riformatori.

L'art. 20 della legge, infatti, individuando i principi e i criteri direttivi, al secondo comma, lettera a), individuava come primo gruppo di principi e criteri direttivi «adeguare le norme vigenti, anche tramite disposizioni innovative, alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori, coordinandole con le norme del codice di procedura civile espressione di principi generali e assicurando la concentrazione delle tutele spettanti alla cognizione della giurisdizione contabile».

Particolarmente importante nella legge delega è la rilevanza attribuita da un lato alla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, e perciò sostanzialmente della Corte di Cassazione, e

⁽⁵⁾ Come ricorda L.S. SCHIAVELLO, *Processo contabile*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 740 ss.

⁽⁶⁾ La finalizzazione dell'attività della Corte alla tutela della finanza pubblica è spesso sottolineata: così M. RISTUCCIA, *op. cit.*, 4800; E. FERRARI, *op. cit.*, 4719.

dall'altro la rilevanza attribuita alle norme del Codice di procedura civile espressione di principi generali. Il Codice di procedura civile è espressione di una impostazione particolare nella tutela giurisdizionale, che è quella che si fonda sul carattere dispositivo del processo e perciò sulla rilevanza che nel medesimo hanno le azioni e le eccezioni delle parti. Richiamare questi principi, in una disposizione di apertura così ampia, significa necessariamente orientare l'impostazione del Codice della giustizia contabile nel senso del carattere dispositivo. Ed invero, la successiva lettera g) dedicata espressamente al riordino della fase istruttoria, prevede, a seguito di una serie di disposizioni relative all'attività del pubblico ministero, che sia riordinata la fase dell'istruttoria e dell'emissione dell'eventuale invito a dedurre, e la successiva lettera l) dispone il riordino delle disposizioni processuali vigenti stabilendo che siano disciplinati tra gli altri l'ammissione e l'esperimento di prove, garantendo la salvaguardia del contraddittorio tra le parti e l'imparzialità e terzietà del giudice.

La statuizione della legge delega, di conseguenza, è netta nel senso di prevedere una riorganizzazione del sistema processuale istruttorio, nel quale il riferimento è a una serie di principi processuali che sono quelli tipici del processo civile: il terzo comma dello stesso art. 20 stabilisce poi che sia confermato e ridefinito quale norma di chiusura «il rinvio alla disciplina del processo civile, con l'individuazione esplicita delle norme degli istituti del rito processuale civile compatibili ed applicabili al rito contabile».

Si tratta di una scelta estremamente precisa, quest'ultima, perché addirittura l'individuazione delle norme degli istituti compatibili e applicabili significa dettare delle regole rigide e cogenti per l'attività interpretativa del giudice alla ricerca di riferimenti esterni al Codice contabile per la soluzione di problemi processuali.

Ancor più esplicita in questo senso è la relazione illustrativa al decreto legislativo, che afferma che le norme sull'ammissione ed assunzione delle prove «si ispirano al principio dispositivo,

anche se lasciano al giudice talune sperimentate finalità di intervento d'ufficio».

Sulla scorta di questa sintetica ricostruzione delle disposizioni e dei principi previgenti e delle norme e dei criteri vigenti possono essere esaminate le regole in materia di prove che sono presenti nel Codice al fine di valutarne il ruolo per l'individuazione del sistema probatorio complessivo ⁽⁷⁾.

Le disposizioni sulle prove sono innanzitutto contenute nella disciplina dell'attività istruttoria del Pubblico Ministero, che va dall'art. 55 all'art. 65.

Si tratta di una serie di disposizioni che riguardano esclusivamente l'attività del pubblico ministero e che gli consentono, si veda l'art. 55, di svolgere ogni attività utile per l'acquisizione degli elementi necessari all'esercizio dell'azione erariale e anche al fine di accertare fatti e circostanze a favore della persona individuata quale presunto responsabile.

Il pubblico ministero può provvedere direttamente oppure su delega alla Guardia di Finanza o alle altre forze di polizia anche locali e agli uffici territoriali del governo.

Gli articoli successivi regolano soltanto l'attività interna del Pubblico Ministero, attribuendogli articolati poteri, senza il coinvolgimento però del soggetto destinatario delle indagini, che è escluso dall'attività istruttoria del Pubblico Ministero, posto che la fase istruttoria è riservata, come dispone l'art. 57.

L'attività istruttoria al Pubblico Ministero si svolge autonomamente, a meno che non occorra procedere all'istruzione preventiva, ai sensi dell'art. 64, nel qual caso occorre l'intervento del giudice.

L'unica garanzia per il terzo con riferimento all'attività istruttoria del Pubblico Ministero è l'obbligo di effettiva motivazione

⁽⁷⁾ L'argomento è ampiamente trattato nei commentari al Codice della giustizia contabile, in AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei Conti*, a cura di A. CANALE - F. FRENI - M. SMIRILDO, Milano, 2017, spec. 315 ss.; AA.VV., *Il codice della giustizia contabile*, a cura di A. GRIBAUDO, Rimini, 2017, spec. 353 ss.; AA.VV., *Commentario al codice della giustizia contabile*, a cura di V. TENORE, Napoli, 2024, 171 ss. e 347 ss.

dei provvedimenti, in carenza della quale gli atti sono nulli siccome dispone l'art. 65.

Dalla disciplina dell'attività istruttoria del Pubblico Ministero si sarebbe portati a ritenere che il processo davanti alla Corte dei Conti, anche in materia di responsabilità, sia un processo integralmente officioso: tutta l'attività istruttoria sino all'invito a dedurre, infatti, è svolta autonomamente dal Pubblico Ministero senza coinvolgimento dell'altra parte processuale.

È questa una conseguenza del carattere originario dell'attività della Corte dei Conti, dell'immanenza delle esigenze di finanza pubblica che presiedono al ruolo giurisdizionale della Corte ed anche dell'effetto di trascinamento del giudizio di conto, che è stato il giudizio paradigmatico dell'attività giurisdizionale della Corte dei Conti stessa.

L'attività istruttoria in contraddittorio, invece, è quella che è prevista in sede giudiziale, e che è disciplinata agli artt. 94 – 99 del codice.

In questo caso, la disciplina è ispirata al rispetto delle regole del processo civile, tanto in ordine ai criteri di assunzione delle prove quanto circa le caratteristiche della singola prova.

Viceversa, per quanto concerne la competenza dell'assunzione delle prove l'art. 94, fermo restando a carico delle parti l'onere di fornire le prove che siano nella loro disponibilità concernenti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni, ammette che il giudice anche d'ufficio disponga consulenze tecniche, ordini alle parti di produrre gli atti e i documenti che ritiene necessari alla decisione nonché richieda alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti che siano nella disponibilità dell'amministrazione stessa, procedendo all'interrogatorio non formale del convenuto.

I poteri istruttori del giudice sono ampi, ma non si estendono alla prova per testimoni, prevista all'art. 98, e non consentono mai di ammettere l'interrogatorio formale e il giuramento.

Il giudice può viceversa disporre la consulenza tecnica d'ufficio ai sensi dell'art. 97.

I mezzi istruttori affidati al giudice sono perciò completi, salva la prova testimoniale, e anch'essi, pertanto, sembrerebbero ispirati ad una impostazione del processo più simile al processo inquisitorio.

Questa lettura della disciplina del codice non sarebbe peraltro corretta, perché contrastante non solo con i principi già indicati nella legge delega ma anche con quanto stabilito nei principi generali del processo contabile, contenuti nei primi articoli del Codice.

L'art. 4, infatti, rubricato "Giusto processo", prevede che il processo contabile attui i principi delle parità delle parti del contraddittorio e del giusto processo previsto all'art. 111, comma 1, della Costituzione, che di per sé è incompatibile con un principio rigidamente inquisitorio.

Il successivo art. 7, poi, anche qui richiamando quanto stabilito nella legge delega, prevede che per quanto non disciplinato nel Codice si applicano gli artt. 99, 100, 101, 110 e 111 del Codice di procedura civile e le altre disposizioni del medesimo Codice in quanto espressione dei principi generali.

Gli articoli richiamati nel Codice di procedura civile sono articoli che, di per sé, sono incompatibili con un processo rigidamente inquisitorio.

L'art. 99 fissa il principio della domanda, l'art. 100 il principio dell'interesse ad agire e l'art. 101 il principio del contraddittorio (gli artt. 110 e 111 disciplinano viceversa la successione nel processo).

Va da sé che, se il processo è ispirato al principio della domanda, se occorre considerare l'interesse ad agire e se si deve operare in contraddittorio, non è ammissibile che da una disciplina processuale che disciplina i poteri d'ufficio del giudice si tragga che il processo è un processo inquisitorio.

Il processo inquisitorio infatti per definizione procede d'ufficio, non considera la domanda, non tiene conto dell'interesse ad agire per la proposizione delle domande e non valuta il contraddittorio nell'introduzione e ammissione delle prove, perciò

in una parte estremamente importante del processo, che è quella nella quale si forma il materiale di fatto sul quale il giudice deve decidere.

Del resto, anche nella letteratura e nella giurisprudenza che si sono formate dopo l'approvazione del Codice della giustizia contabile non vi è alcuno che sostenga che il processo davanti la Corte dei Conti è ispirato al principio inquisitorio; tutti ritengono che il principio inquisitorio e il principio sindacatorio siano stati ormai del tutto superati ⁽⁸⁾.

3. Il sistema istruttorio nel codice.

La questione è, a questo punto, come devono essere complessivamente valutati i vari istituti individuati nel Codice e cioè i poteri istruttori del Pubblico Ministero e del collegio, le disposizioni sulle azioni e, non ultima, la disciplina della comparsa di risposta del convenuto di cui all'art. 90, ove è precisato che in essa dev'essere contenuto l'elenco dei documenti offerti in comunicazione e che il convenuto deve indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e specificare i documenti che offre in comunicazione oltreché formulare le proprie conclusioni.

Non diversamente, d'altro canto, nella disciplina dell'atto di citazione, che proviene dal Pubblico Ministero, all'art. 86, è previsto che siano indicati gli elementi di prova che supportano la domanda e l'elenco dei documenti offerti in comunicazione.

La coesistenza di poteri istruttori d'ufficio molto ampi e la previsione dell'onere della prova a carico di entrambe le parti in causa, sia pure in termini sfumati, ma comunque con statuizioni esplicite, ha indotto taluno ad individuare come sistema istruttorio del processo contabile il sistema istruttorio del processo amministrativo, e cioè il sistema istruttorio con metodo acquisitivo ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ In questo senso V. FANTI, in AA.Vv., *Giustizia amministrativa*, a cura di P.M. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, Milano, 2019, 492; V. TENORE, *op. cit.*, LXXVIII.

⁽⁹⁾ Questa è la proposta di I.A. CHESTA, in AA.Vv., *Il codice della giustizia contabile*, a cura di A. GRIBAUDO, *cit.*, 353.

Indubbiamente, la stesura formale del testo normativo si presta a questa lettura, perché coesistono, così come nel Codice del processo amministrativo, sia previsioni che stabiliscono che le parti abbiano degli oneri dal punto di vista istruttorio sia previsioni che stabiliscono che il giudice abbia ampi poteri istruttori.

Come è noto, proprio la coesistenza di poteri d'ufficio e di parte ha condotto gli autori del processo amministrativo, ed anche la giurisprudenza, a configurare in modo particolare il sistema istruttorio nel processo avanti il T.A.R. ed il Consiglio di Stato, ritenendo che il giudice possa completare il disegno istruttorio sviluppato dal ricorrente, e per il vero anche dalle altre parti del giudizio, attraverso l'esercizio dei suoi poteri. Si è detto che il ricorrente, che è il soggetto da questo punto di vista più importante perché formula normalmente la domanda (le stesse regole valgono se formulate come domanda incidentale) fornisca soltanto un principio di prova e cioè rappresenti una credibile ricostruzione della realtà di fatto.

La conclusione raggiunta con riferimento al processo amministrativo, però, è una conclusione che non riposa tanto sulla lettera delle norme ma si fonda soprattutto sulla funzione di quel processo, anche alla luce dei principi costituzionali, che da un lato garantiscono a tutti la tutela in giudizio dei propri diritti soggettivi e interessi legittimi, dall'altro assoggettano gli atti della pubblica amministrazione ad una piena cognizione da parte del giudice amministrativo.

È la funzione del processo amministrativo perciò a configurare in un certo modo l'assetto istruttorio del medesimo, non il contrario.

La miglior riprova è quanto si verifica presso il giudice ordinario, che anch'esso ha dei poteri istruttori d'ufficio, sia pure non così ampi come quelli del giudice amministrativo e della Corte dei Conti, che servono però per completare la conoscenza dei fatti in capo al giudice, fermo l'onere della prova a carico delle parti

(¹⁰). Diversa l'impostazione del processo civile quando il giudice è il giudice del lavoro, perché in questo caso la posizione dispari all'esterno del processo fra i due contendenti consente al giudice di intervenire in ausilio al più debole, che è di norma il lavoratore.

In sostanza è sempre la realtà extra processuale, e cioè la finalità del giudizio, che consente, ed anzi impone, di adeguare le norme anche sull'assunzione delle prove alla regola del giusto processo e cioè di un processo che giunge ad attribuire a chi agisce un giudizio una tutela effettiva, cioè tutto quello che l'ordinamento sostanziale vi può riconoscere.

Ne consegue che riflettendo sul sistema istruttorio avanti la Corte dei Conti va considerata questa realtà sostanziale.

Di per sé, nel processo di responsabilità amministrativa i due soggetti che si contrappongono, il pubblico ministero e il convenuto, sono, al di fuori dell'attività avanti il giudice della responsabilità, in una situazione di evidente diversità.

Sulla base delle norme in ordine all'attività istruttoria del Pubblico Ministero, questi si trovi in una posizione di notevolissima predominanza rispetto al convenuto, perché ha una serie di poteri istruttori che può esercitare nei confronti della stessa amministrazione ed anche di terzi e poiché può addirittura avvalersi delle forze di polizia, in primo luogo della Guardia di Finanza.

È ben evidente che la capacità di convinzione che ha l'acquisizione istruttoria disposta dal Pubblico Ministero è ben maggiore della possibilità di successo che possono avere le istanze ai fini istruttori che il convenuto può rivolgere a varie amministrazioni o anche a soggetti terzi.

Ne consegue perciò che un potere istruttorio del giudice genericamente inteso, che possa essere utilizzato cioè sia a favore del Pubblico Ministero che a favore del convenuto, per completare il disegno probatorio da ciascun sviluppato, non ha nessun senso.

(¹⁰) Secondo l'opinione consolidata della Corte di cassazione: Cass., Sez. III civ., 20 agosto 2024, n. 22943; Cass., Sez. III civ., 12 giugno 2012, n. 9522. Questo vale anche per il giudizio sul lavoro: Cass., Sez. lav., 23 luglio 2024, n. 20423; 28 maggio 2024, n. 14923; 7 marzo 2024, n. 6135; 10 luglio 2023, n. 19525.

Né potrebbe, evidentemente, ipotizzarsi che l'attività istruttoria d'ufficio del giudice sia viceversa soltanto finalizzata ad aiutare il convenuto, per due ragioni: la prima è che la tutela accordata alla Corte dei Conti è la tutela della finanza pubblica e perciò, nel rispetto delle regole processuali già viste, ha come obiettivo quello di garantire il corretto uso delle finanze pubbliche e delle risorse della pubblica amministrazione, la seconda è che il soggetto convenuto in giudizio è titolare di una posizione di diritto soggettivo, cioè di una posizione piena, non subordinata all'attività dell'amministrazione, che dovrebbe consentirgli di individuare gli elementi di fatto a sostegno della propria posizione. D'altro canto, se il convenuto, allorché era funzionario, dirigente o amministratore pubblico, non è riuscito a ricostruire la situazione di fatto che vorrebbe dedurre il giudizio significa che si è comportato non correttamente quando era amministratore, dirigente o funzionario (con tutte le conseguenze anche in tema di responsabilità).

Poiché i poteri istruttori del giudice, nel sistema dispositivo con metodo acquisitivo, sono poteri istruttori che sono attribuiti stabilmente, che connotano il giudice e che devono essere utilizzabili sempre nel giudizio, non è ipotizzabile che, non potendosi fare riferimento alla necessità di ausiliare la parte più debole, questi poteri siano riconosciuti stabilmente poiché non potrebbero essere utilizzati correttamente.

Se lo fossero, vi sarebbe infatti in questo modo il completo travolgimento del principio del contraddittorio, poiché verrebbe introdotto uno squilibrio ancora maggiore all'interno del processo tra la parte pubblica e la parte privata rispetto a quanto finora non vi sia.

Ne discende la necessità che il principio della domanda deve comportare necessariamente l'onere di allegazione da parte del soggetto che agisce in giudizio di tutti i fatti non solo principali ma anche secondari necessari per l'accoglimento della domanda; lo stesso onere, contrapposto, grava sul convenuto.

Qual è la conclusione tenuto conto dell'esistenza di poteri istruttori d'ufficio in capo al giudice della responsabilità amministrativa?

La conclusione non può che essere nel senso che questi poteri istruttori sono conferiti, sia pure in modo più ampio, per le stesse ragioni per le quali i medesimi sono conferiti al giudice ordinario e cioè come strumenti per meglio svolgere la propria funzione; non sono strumenti volti ad acquisire prove che le parti non hanno introdotto, sono strumenti volti a superare i dubbi del giudice nell'esercizio della sua attività di decidente.

Per questo possono essere disposte consulenze, per questo può essere audita una delle parti, per questo possono essere acquisite informazioni presso la pubblica amministrazione o presso altri soggetti in grado di fornirle.

Si tratta sostanzialmente degli stessi atti e delle stesse informazioni che il giudice ordinario può acquisire nel suo processo.

Ciò vale senz'altro per la consulenza tecnica d'ufficio, per l'acquisizione di documenti presso la pubblica amministrazione, per l'interrogatorio non formale del convenuto e anche per l'acquisizione di atti e documenti nella disponibilità delle parti, poiché anche nel processo civile si ritiene che il giudice possa addossare alla parte che ne ha la disponibilità, perché più prossima, l'acquisizione istruttoria occorrente.

Si tratterà sempre e soltanto dello scioglimento di dubbi che il giudice incontra nella sua attività valutativa rispetto al materiale istruttorio fornito dalle parti.

Questo tipo di attività istruttoria, cioè, non è volta a riempire vuoti di prova ma invece a chiarire degli elementi che sono stati introdotti, ma rispetto ai quali il giudice ritiene di dover ottenere qualche illustrazione in più.

La simiglianza del sistema istruttorio del processo civile con quello del processo davanti la Corte dei Conti è del resto evidente si tenga conto che nel giudizio pensionistico, nel quale il ricorso è proposto dal pensionato nei confronti dell'ente erogatore, i poteri istruttori del giudice sono riconosciuti in modo ampio, a garanzia del superamento della disparità delle parti, poiché in questo caso la disparità tra le parti vi è e dev'essere colmata a vantaggio del ricorrente.

Ne discende che sulla base di una disciplina normativa che è sostanzialmente analoga, ancora una volta è la funzione del processo a chiarire quali sono i termini dell'attività istruttoria delle parti e dei poteri istruttori del giudice. L'espressione più netta contenuta nel secondo comma dell'art. 165 del Codice, che per il giudizio pensionistico consente al giudice di disporre d'ufficio «in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova anche fuori dai limiti stabiliti dal codice civile ad accezione del giuramento decisorio», dimostra con evidenza che questo caso il potere d'ufficio del giudice è proprio un potere di particolare pregnanza.

L'espressione, comparata con quella contenuta nel già richiamato art. 94, dimostra con evidenza la differenza fra i due giudizi e perciò la differenza tra i poteri del giudice.

L'art. 94, infatti, mantiene fermo innanzitutto l'onere della prova a carico delle parti, poi contempla i poteri del giudice.

Ne discende la conferma di quanto contenuto nella relazione illustrativa al codice, nella quale è ribadito che viene meno il carattere inquisitorio del processo ma viene altresì evidenziato che il processo di responsabilità avanti la Corte dei Conti è un processo dispositivo retto dalle norme del Codice di procedura civile.

4. La specificità del sistema istruttorio contabile.

Il riferimento al Codice di rito conferisce all'attività istruttoria nel giudizio di responsabilità amministrativa una maggiore elasticità e una maggiore aderenza al fatto di quanto non si verifichi nel processo amministrativo (le disposizioni del quale sull'onere della prova e sui poteri del giudice sono trascritte nella parte generale in modo pressoché letterale).

Va infatti osservato che al giudice contabile è consentita espressamente l'utilizzazione di mezzi istruttori o quasi istruttori che gli permettono di acquisire in dibattimento la realtà dei fatti: si pensi, per esempio, all'interrogatorio libero del convenuto, che può condurre il giudice collegiale ad apprendere direttamente dal viva voce di colui che ha posto in essere il comportamento

asseritamente dannoso anche aspetti specifici e particolari della situazione.

Si pensi poi all'assunzione dei testimoni, che avviene così come previsto nel Codice di procedura civile mediante l'escusione orale, con l'espressa precisazione, già presente nel codice di rito, secondo la quale anche le parti per tramite del Presidente possono formulare domande per ulteriormente chiarire gli articoli di prova.

In questa previsione è ricompresa la possibilità per il giudice di chiedere al teste chiarimenti o precisazioni.

La prova testimoniale meramente scritta non consente questo tipo di articolazione e di immediatezza della prova testimoniale, e la rende, sostanzialmente, un ulteriore elemento documentale scarsamente significativo: il processo amministrativo dovrebbe perciò da questo punto di vista prendere esempio dal processo contabile.

Il Codice della giustizia contabile ammette anche la nomina di un consulente tecnico d'ufficio, senza introdurre alcuna particolare limitazione all'esercizio di questa facoltà che, di conseguenza, il giudice può utilizzare quando lo ritenga opportuno.

Anche in questo caso, evidente è la differenza rispetto alla previsione contenuta nel Codice del processo amministrativo, che viceversa consente molto limitatamente almeno dal punto di vista testuale il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio (soltanto in quanto indispensabile) prevedendo altrimenti la possibilità di nomina di un verificatore.

Anche per questo aspetto, perciò, la disciplina del processo amministrativo dovrebbe far riferimento alla disciplina del processo contabile.

Con riferimento a entrambi processi, peraltro, va poi osservato come l'attività istruttoria sia comunque molto limitata: nel processo amministrativo perché il processo è tendenzialmente documentale, nel processo contabile perché l'attività istruttoria è svolta dal Pubblico Ministero (questa impostazione era già risalente nel tempo, quando le amministrazioni, soprattutto mini-

steriali, avevano loro organi ispettivi che potevano rendere allo stesso Procuratore relazioni estremamente precise sullo svolgimento dei fatti). Dall'esame della letteratura anche più risalente emerge come in realtà anche in passato l'attività istruttoria del collegio sia stata estremamente rara ed estremamente rara lo è anche attualmente.

In linea di massima, le parti suppliscono con la loro iniziativa alla mancanza di attività istruttoria del collegio e nel processo contabile, nel quale il soggetto convenuto normalmente è un ex appartenente alla pubblica amministrazione ed è perciò in grado di acquisire direttamente gli elementi utili per la sua difesa, tutto questo non crea alcun problema pratico e anzi consente una gestione più celere del contenzioso.

Dal punto di vista teorico viceversa questa scelta non può essere condivisa, perché il principio del giusto processo, fissato come principio generale nel Codice della giustizia contabile e riconosciuto a livello costituzionale, impone che il fatto venga ricostruito nella sua esattezza per poterne trarre le conclusioni in diritto.

5. Il ruolo del giudice speciale.

Come considerazione finale può osservarsi come il processo contabile così come anche il processo amministrativo, e cioè in generale quelli che sono celebrati da giudici speciali, in tanto funzionano correttamente in quanto siano gestiti da magistrati che sono particolarmente preparati per risolvere queste controversie in quanto conoscono per esperienza diretta o per esperienza acquisita quali sono le regole di funzionamento della pubblica amministrazione e quali sono i problemi che essa incontra. D'altro canto, come già si disse in Assemblea costituente, questa è la ragione che li ha fatti mantenere in vita ⁽¹¹⁾. Ciò, peraltro, impone al giudice contabile, poiché del giudice contabile qui si discute, di utilizzare in modo attento ed efficace i poteri che l'ordinamento

⁽¹¹⁾ Come ricorda M. RISTUCCIA, *op. cit.*, 4811.

gli attribuisce proprio per evitare che una pronunzia di responsabilità possa apparire astratta e lontana dalla realtà amministrativa: particolarmente significativo in quest'ottica è il potere di riduzione dell'addebito ⁽¹²⁾, di risalente attribuzione e sempre confermato, che può consentire al giudice contabile, anche qualora affermi la responsabilità del convenuto, di graduare l'entità delle conseguenze per esso sfavorevoli in relazione a una pluralità di indici, dal concorso dell'amministrazione danneggiata, alla complessità del quadro normativo regolamentare, alla difficoltà di svolgimento di un'attività a fronte di tempi ridotti, di procedure complesse, di un apparato burocratico inadeguato: è perciò da pretendere che il giudice contabile utilizzi effettivamente questo potere in modo da ottenere più che un risarcimento dei danni, che tutto sommato è scarsamente significativo tenuto conto del numero di procedimenti che vengono celebrati e dell'imponenza del bilancio statale, l'affermazione di regole di comportamento corrette anche attraverso l'applicazione di una condanna pecuniaria che può rendere più avvertito il destinatario delle conseguenze negative delle sue negligenze. Ciò senza voler decampare dalla configurazione della responsabilità amministrativa come responsabilità e dal giudizio di responsabilità come giudizio che afferma questa responsabilità e condanna al risarcimento del danno e non prevede invece, in via generale, l'applicazione di sanzioni: ma tenuto conto che la responsabilità consegue all'allocazione del rischio, evidentemente l'uso del potere riduttivo risulta anche da questo punto di vista estremamente moderno.

Una completa attività istruttoria è anche a questo fine indispensabile.

Soltanto facendo così, come faceva in passato, la Corte dei Conti svolgerà al meglio la sua funzione.

(12) Sul quale E. FERRARI, *op. cit.*, 4722; M. RISTUCCIA, *op. cit.*, 4808.

Regole probatorie per l'accertamento della responsabilità erariale nel raccordo tra funzioni di controllo e giurisdizionali (*)

di DONATELLA PALUMBO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La responsabilità erariale. — 3. La regola di giudizio. — 4. L'attività istruttoria del pubblico ministero. — 5. Il raccordo tra le funzioni di controllo e le funzioni giurisdizionali. — 5.1. L'onere di segnalazione previsto dall'art. 52, comma 4, c.g.c. — 5.2. La rilevanza della funzione consultiva. — 5.3. La rilevanza del controllo preventivo di legittimità. — 6. La prospettiva *de iure condendo*. — 7. Conclusioni.

1. Premessa.

L'esame del raccordo tra le funzioni di controllo e giurisdizionali, con particolare riferimento alle regole probatorie, consente di valorizzare la doppia anima della Corte dei conti nelle materie della contabilità pubblica.

Si tratta di un tema che per lungo tempo è rimasto sullo sfondo del dibattito e che, tuttavia, nell'ultimo decennio ha assunto una nuova centralità per due ordini di ragioni: da una parte l'impatto della *governance* economica europea sulle politiche di bilancio degli Stati membri e le conseguenti modifiche apportate agli artt. 81, 97, 117 e 119 dalla l. cost. n. 1/2012, dall'altra le innovazioni apportate dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante il codice di giustizia contabile.

(*) L'Autrice è magistrato della Corte dei conti; si precisa che le opinioni espresse sono riconducibili all'Autrice stessa e non impegnano in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

2. La responsabilità erariale.

Preliminarmente, preme segnalare cosa si intende per responsabilità erariale.

Come noto, la tradizionale categoria della responsabilità amministrativo-contabile si declina nelle forme della responsabilità amministrativa, che pertiene a tutti i dipendenti ed amministratori pubblici, e della responsabilità contabile, che pertiene, invece, soltanto ai dipendenti pubblici che espletano attività di agente contabile. Tuttavia, alla responsabilità amministrativa tradizionalmente intesa come responsabilità di tipo risarcitorio, conseguente alle violazioni delle regole di servizio causative di danni patrimoniali per l'Erario, si affiancano le più recenti forme di responsabilità di tipo sanzionatorio ⁽¹⁾, connesse alle violazioni dei doveri di servizio che minacciano i beni-valori fondamentali della contabilità pubblica ⁽²⁾.

Si perviene, dunque, alla categoria unitaria della responsabilità erariale, che comprende le due forme di lesione delle risorse pubbliche e, quindi, dell'Erario, ma con effetti alquanto diversi tra loro, perché mentre la prima si collega all'ingiusto sacrificio dei beni economici in maniera immediata e diretta, a causa dello sperpero delle risorse pubbliche, sia in termini attivi, come spesa, sia in termini omissivi, come mancata entrata, la seconda si concretizza nella compromissione dei beni-valori della contabilità pubblica in maniera indiretta e mediata, come violazione delle fondamentali esigenze di equilibrio dei bilanci e di sostenibilità del debito pubblico, oltre che di coordinamento della finanza

⁽¹⁾ Fa riferimento a un sistema sanzionatorio contabile T. MIELE, *La giurisprudenza contabile e le ipotesi sanzionatorie. La responsabilità sanzionatoria nel sistema della responsabilità amministrativa*, in Atti del Corso di formazione organizzato dal Consiglio di Presidenza della Corte dei conti sul tema *Evoluzione normativa e giurisprudenziale sulle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e delle altre forme tipizzate di responsabilità introdotte nell'ordinamento e affidate alla cognizione del giudice contabile*, Roma, 1-3 aprile 2008, in www.corteconti.it.

⁽²⁾ Sul punto, v. F.M. LONGAVITA, *Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e le specificità rispetto a quella penale. In particolare, il danno erariale*, in www.contabilit -pubblica.it, 14 settembre 2018.

pubblica e dell'unità economica del Paese, con immediati effetti negativi sul buon andamento della Pubblica Amministrazione (come declinati negli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione, da ultimo revisionati con la citata l. cost. n. 1/2012).

In questa seconda ipotesi rileva, quindi, la lesione del bene-valore in sé, in quanto essa si traduce in un consistente (e concreto) rischio per la tenuta dell'intero sistema contabile pubblico, in rapporto anche agli impegni assunti dall'Italia in ambito europeo (oggi ribaditi e rafforzati dalla revisione della *governance* economica europea, operata tra l'altro con il regolamento UE n. 1263/2024 e tradottasi nel Piano strutturale di bilancio di medio termine presentato dal Governo il 27 settembre 2024). Una simile forma di lesione, di tipo valoriale, ha conseguenze ben più rilevanti della prima ed ha indotto il legislatore ad intervenire con un tipo di responsabilità erariale diversa da quella risarcitoria che qualificiamo appunto come di tipo sanzionatorio ⁽³⁾.

Orbene, nella responsabilità risarcitoria il danno rappresenta l'elemento centrale e di raccordo di tutte le altre componenti dell'illecito: oggettive (condotta, nesso di causalità ed entità del risarcimento) e soggettive (colpa grave, dolo, esimenti soggettive), con funzione essenzialmente recuperatoria della perdita patrimoniale, volta a ripristinare l'equilibrio economico turbato; la base costituzionale è costituita senza alcun dubbio dagli artt. 2 e 28 della Costituzione. Nella responsabilità sanzionatoria, invece, il danno patrimoniale (seppur presente) non rileva; la condotta che si mostra capace di ledere i "beni-valori" fondamentali della contabilità pubblica, ovvero che si mostra capace di turbare l'equilibrio generale e di sistema che si collega ad essi, viene preventivamente individuata, descritta e vietata dal legislatore con

(3) Tuttavia, secondo S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in *Federalismi*, 2014, 23, «analogoamente a quello che avviene con il giudice penale (ma, come si è visto, anche con il giudice amministrativo e civile), si potrebbe avanzare la tesi secondo cui l'attribuzione del potere di applicare una sanzione amministrativa alla Corte dei conti si giustifichi soltanto allorché vi sia una connessione (ovviamente non con un reato, ma) con un potenziale danno all'erario, ossia qualora sia stata avviata un'azione di danno erariale».

un'adeguata sanzione, al fine di scoraggiare il suo reale verificarsi in concreto ⁽⁴⁾. L'illecito che deriva dalla violazione delle regole di salvaguardia dei valori è inquadrabile più nel "diritto punitivo" che non in quello "risarcitorio", con funzione di deterrenza, volta a prevenire la condotta vietata, secondo una base costituzionale rinvenibile negli artt. 23 e 25 della Costituzione, condotta assistita da principi di stretta legalità con i suoi corollari, come declinato dalle Sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale con le celeberrime sentenze n. 12/2007/QM e n. 12/2012/QM ⁽⁵⁾.

Ne deriva che il collegamento della responsabilità erariale risarcitoria al «buon andamento ed al corretto impiego delle risorse pubbliche» esprime quel *fil rouge* che lega ed unifica tutte le funzioni della Corte dei conti, nella cointestazione delle coesenziali potestà di controllo e giurisdizionali per la tutela (responsabilità risarcitoria) e salvaguardia (controllo e responsabilità sanzionatoria) dell'*equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico* di cui all'art. 97, comma 1, della Costituzione, quale premessa logica, oltre che normativa, del *buon andamento e della imparzialità dell'amministrazione* di cui all'art. 97, comma 2, della Costituzione ⁽⁶⁾.

3. La regola di giudizio.

In linea generale, secondo i tradizionali canoni di riparto dell'onere della prova imposti dall'art. 2697 c.c., compete all'attore pubblico la prova del nesso eziologico, la violazione dei doveri correlati all'affidamento in concessione di funzioni pubbliche e la sussistenza dei c.d. elementi di contesto dai quali è possibile

⁽⁴⁾ Per un approfondimento, A. CANALE - S. GRASSO, *La responsabilità sanzionatoria pecuniaria*, in AA.VV., *La Corte dei Conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, a cura di A. CANALE - D. CENTRONE - F. FRENI - M. SMIRLODO, Milano, 2022, 507 ss.

⁽⁵⁾ Sul tema, P. EVANGELISTA, *Le frontiere della responsabilità amministrativa fra atipicità, fattispecie normate e ipotesi sanzionatorie*, in *Diritto&Conti - Bilancio Comunità Persona*, 20 settembre 2019.

⁽⁶⁾ Così, F.M. LONGAVITA, *Le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nell'esperienza dell'attività del controllo e suo raccordo con la giurisdizione*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2019, 2, 55.

inferire la violazione del predetto dovere, mentre spetta al convenuto, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, allegare e provare i fatti dedotti a sostegno della assenza di qualsiasi responsabilità, nonché di avere adottato cautele e avere effettuato verifiche idonee ad escludere — o anche solo attenuare — la sua responsabilità colpevole.

Tuttavia, diversamente dall'ambito penale dove vige la regola della prova *oltre ogni ragionevole dubbio* ⁽⁷⁾, nel processo contabile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del *più probabile che non*, stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile e contabile tra le due parti contendenti.

Secondo la consolidata giurisprudenza della magistratura contabile ⁽⁸⁾ ogni tentativo di applicazione analogica di principi processual-penalistici al giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti si porrebbe in palese contrasto con la precisa opzione del legislatore, che ha inteso ricondurre la disciplina del giudizio di responsabilità nell'ambito del processo civile, in ragione della natura dell'oggetto della cognizione. Del resto, la responsabilità erariale, diversamente da quella penale, si inserisce nell'archetipo della responsabilità patrimoniale, a prevalente funzione risarcitoria-recuperatoria, in disparte alcune ipotesi di responsabilità sanzionatoria, anch'essa patrimoniale, ma che, comunque, non partecipano del carattere afflittivo della libertà personale ⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ L'art. 533 c.p.p., rubricato *Condanna dell'imputato*, è stato modificato dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, prevedendo attualmente al comma 1 che il giudice pronuncia sentenza di condanna quando l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli «al di là di ogni ragionevole dubbio».

⁽⁸⁾ Cfr., *ex multis*, Corte dei conti, Sez. III giurisdizionale centrale d'appello, sent. n. 127/2024.

⁽⁹⁾ Come ampiamente argomentato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza pronunciata il 13.5.2014, nella causa *Rigolio vs Italia*. Sul punto, v. P.L. REBECCHI, *Osservazioni in tema di giurisprudenza CEDU*, "ne bis in idem" e natura della responsabilità amministrativa, in www.contabilità-pubblica.it, 15 luglio 2015.

4. L'attività istruttoria del pubblico ministero.

L'art. 55 c.g.c., rubricato *Richieste istruttorie*, dispone che «Il pubblico ministero compie ogni attività utile per l'acquisizione degli elementi necessari all'esercizio dell'azione erariale e svolge, altresì, accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona individuata quale presunto responsabile». Tale formulazione evoca l'art. 358 c.p.p., rubricato *Attività di indagine del pubblico ministero*, laddove recita «Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini».

Il pubblico ministero, configurandosi come una *parte pubblica*, ha un obbligo di lealtà processuale al quale non sono tenute nella stessa misura le altre parti private ed è tenuto a svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona individuata quale presunto responsabile (nel processo contabile) o a favore della persona sottoposta alle indagini (nel processo penale) nell'interesse della Giustizia⁽¹⁰⁾. In particolare, nel processo contabile, il pubblico ministero agisce nell'esercizio di una funzione obiettiva e neutrale, a tutela di interessi generali e indifferenziati dell'ordinamento, per assicurare l'integrità dell'Erario globalmente inteso e l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ P. TONINI - C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2024. Sul punto, si richiama anche la giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'obbligo di svolgere accertamenti anche a favore della persona sottoposta alle indagini «è funzionale ad un corretto e razionale esercizio dell'azione penale» (Corte cost., sent. n. 96/1997, con nota di commento di G. SILVESTRI, *Il P.M. quale era, quale è, quale dovrebbe essere*, in *Giur. cost.*, 1997, 2, 957), con riferimento anche alla “completezza” almeno tendenziale delle indagini preliminari (Corte cost., sent. n. 88/1991, con nota di commento di M. ROCA, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza della Corte cost. n. 88/91*, in *La giustizia penale*, 1992, 6, 184).

⁽¹¹⁾ Così, D. TOTA, *Il pubblico ministero presso la Corte dei conti: organizzazione e funzioni alla luce del codice di giustizia contabile*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2021, 1, 49. Del resto, come ha affermato L. GIAMPAOLINO, *Intervento al Convegno su Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia: il ruolo della Corte dei conti*, svoltosi a Napoli il 6 dicembre 2011, in www.corteconti.it, nel giudizio contabile,

5. Il raccordo tra funzioni di controllo e funzioni giurisdizionali.

Venendo al dettaglio del raccordo tra funzioni di controllo e funzioni giurisdizionali, va premesso che le prime, nel loro complesso, per espresso dettato costituzionale ⁽¹²⁾ hanno come punto di rilevanza ermeneutico gli *atti* e le *gestioni* pubbliche, impersonalmente intese, nella loro dimensione oggettiva, laddove la giurisdizione ha come suo punto di rilevanza ermeneutico la condotta personale di chi ha agito per l'Ente, adottando in concreto gli atti amministrativi e/o gestori imputabili all'Ente stesso ⁽¹³⁾.

Mondi apparentemente non comunicanti che, tuttavia, hanno trovato un riconoscimento nei principi fissati dall'art. 20, comma 2, lettera p), della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 con cui si è provveduto a disciplinare esplicitamente i rapporti tra controllo e giurisdizione, sotto il triplice aspetto: a) delle «connessioni tra risultanze ed esiti accertativi raggiunti in sede di controllo» con le attività giurisdizionali della Corte dei conti; b) della «documentazione e (degli) elementi probatori (derivanti dal controllo) producibili in sede di giudizio»; c) della «idonea considerazione» dei «pareri resi dalla Corte dei conti (...) ai fini della valutazione della effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo (...) e del nesso di causalità».

Tre sono, quindi, i profili che si pongono all'attenzione.

soprattutto a causa della presenza del pubblico ministero, trova ingresso e tutela, in un rapporto processuale diretto alla garanzia degli interessi e alla parità delle parti, «l'interesse pubblico generale che è quello del corretto agire delle pubbliche amministrazioni e della corretta gestione delle pubbliche risorse».

⁽¹²⁾ Secondo l'art. 100, comma 2, Cost., «La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito».

⁽¹³⁾ Secondo l'art. 103, comma 2, Cost., «La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge». In particolare, l'art. 1 c.g.c. definisce gli ambiti della giurisdizione contabile: giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e altri giudizi in materia di contabilità pubblica (comma 1), nonché i giudizi in materia pensionistica, i giudizi aventi per oggetto l'irrogazione di sanzioni pecuniarie e gli altri giudizi nelle materie specificate dalla legge (comma 2).

5.1. L'onere di segnalazione previsto dall'art. 52, comma 4, c.g.c.

L'art. 52 c.g.c. rubricato *Obbligo di denuncia di danno e onere di segnalazione*, dispone al comma 4 che «I magistrati della Corte dei conti assegnati alle sezioni e agli uffici di controllo segnalano alle competenti procure regionali i fatti dai quali possano derivare responsabilità erariali che emergano nell'esercizio delle loro funzioni».

Si tratta di un onere di segnalazione, a cui attribuire il valore proprio di una *notitia damni*: una notizia di danno erariale che deve essere specifica e concreta ai sensi dell'art. 51, comma 2, c.g.c. (dunque, informazioni circostanziate e non riferibili a fatti ipotetici o indifferenziati), a cui segue per estensione un onere di allegazione delle prove dei fatti segnalati, così come acquisite con l'attività di controllo.

In particolare, l'onere di allegazione ha un suo intrinseco valore funzionale, sia per la responsabilità erariale risarcitoria che per quella sanzionatoria, e anzi per quest'ultima esprime un valore di raccordo con l'attività giurisdizionale ancora più consistente e rilevante ove si consideri che il pubblico ministero contabile può agire «su segnalazione della Corte nell'esercizio delle sue funzioni (...) di controllo» proprio nel rito speciale relativo a fattispecie di responsabilità sanzionatoria pecuniaria, disciplinato agli artt. 133-136 c.g.c. ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ La casistica è molto significativa: rispetto del patto di stabilità interno e dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'U.E., oggi sostituito dal saldo del pareggio di bilancio; rispetto dei canoni di sana gestione finanziaria, con particolare riferimento a quello del ricorso all'indebitamento solo per le spese di investimento, *ex art. 119*, ultimo comma, Cost.; rilevata assenza o inadeguatezza del funzionamento del sistema dei controlli interni (*ex art. 148*, comma 4, T.U.E.L.); mancata adozione degli atti di cui ai commi da 1 a 4 dell'art. 20 T.U.S.P., in ordine alla razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche; accertamenti connessi alla declaratoria di dissesto, *ex art. 248*, commi 5 e 5-bis, T.U.E.L. o dall'esame dei piani di riequilibrio finanziario pluriennali, *ex art. 243-bis* T.U.E.L.; inadempimento degli obblighi di redazione e presentazione della relazione di fine mandato come strumento di *accountability* *ex art. 4* del d.lgs. n. 149/2011; sanzioni per omessa presentazione del conto giudiziale ai sensi dell'art. 141, comma 7, c.g.c.. Per un esame dell'elemento soggettivo nella responsabilità erariale sanzionatoria, si segnala la recente sent. n. 257/2024 della Sez. II giurisdizionale centrale d'appello, secondo cui

Orbene, occorre chiedersi come si riverbera la segnalazione sull'onere della prova.

È fuor di dubbio che i magistrati dell'area giurisdizionale (inquirenti e giudicanti) non sono vincolati in alcun modo relativamente ai processi logico-valutativi che hanno indotto i magistrati del controllo ad ipotizzare una possibile forma di responsabilità erariale. Ne consegue che le segnalazioni operate dai magistrati del controllo esplicano una delicata funzione di raccordo tra gli esiti negativi del controllo stesso e le possibili azioni di responsabilità erariali esercitabili, ma le valutazioni sulla concreta azionabilità della pretesa erariale sono rimesse alla competenza esclusiva della Procura, così come l'accertamento della fondatezza (o meno) della pretesa stessa è rimessa alla esclusiva competenza valutativa degli organi giudicanti.

Invero, nella relazione illustrativa del Governo sul d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante il Codice di giustizia contabile, si afferma testualmente che con l'art. 52, comma 4, c.g.c. si configura il punto di equilibrio raggiunto dalla giurisprudenza costituzionale: «si rispetta il principio della inutilizzabilità delle notizie o dei dati acquisiti attraverso l'esercizio dei poteri inerenti al controllo sulla gestione, perché una loro piena trasposizione con valenza probatoria vanificherebbe grandemente i diritti di difesa delle parti; ma si impone un 'contatto' tra i due momenti dell'attività della Corte, evitando il reiterarsi di segnalazioni mai 'esplorate' efficacemente sul piano delle responsabilità anche a fronte degli omessi rimedi» ⁽¹⁵⁾.

«criterio indefettibile di imputazione della responsabilità sanzionatoria resta sempre, in disparte il rito da applicare per il suo accertamento, quello del dolo o della colpa grave ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 20/1994, nel testo modificato, per quanto di interesse, dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 543/1996, conv. nella l. n. 639/1996. In altre parole, la circostanza che il nuovo codice abbia introdotto un rito *ad hoc*, a struttura bifasica, irrogazione delle sanzioni per condotte cristallizzate in fattispecie 'tipizzate', devolute alla giurisdizione di questa Corte, non intacca i profili sostanziali relativi all'accertamento del connotato soggettivo della condotta sanzionata che restano quelli previsti dalla l. n. 20/1994 (art.1, comma 1)». Sul punto, P.I. D'ANDREA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e la tipizzazione della colpa (nota a Corte dei conti, sez. II app., 9 ottobre 2024, n. 257)*, in *Diritto&Conti – Bilancio Comunità Persona*, 2024, 2, 157.

⁽¹⁵⁾ Sul tema, A. GRIBAUDO, *I controlli della Corte dei conti e la responsabilità*, in AA.VV., *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici*, a

L'onere della prova grava, pertanto, sul Pubblico ministero né, sotto altro (ma correlato) profilo di garanzia, l'allegazione degli atti acquisiti in sede di controllo comprime i diritti di difesa del convenuto. Gli atti allegati dai magistrati del controllo, infatti, devono essere inseriti nel fascicolo istruttorio della Procura, al pari delle altre prove raccolte dal pubblico ministero contabile, e da tale fascicolo il destinatario dell'invito a dedurre ha diritto di estrarre copia, per le proprie attività pre-processuali di parte, instaurandosi su di essi un regolare contraddittorio ⁽¹⁶⁾.

Ne consegue che, non sussistendo nell'ordinamento processuale contabile una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, valgono per gli atti acquisiti in sede di controllo le medesime regole generali di valutazione della prova, distinguendo tra prove legali e prove libere, tra le quali si collocano anche le c.d. prove atipiche ⁽¹⁷⁾.

5.2. La rilevanza della funzione consultiva.

L'art. 69 c.g.c., rubricato *Archiviazione*, al comma 2¹⁸ dispone che «il pubblico ministero dispone altresì l'archiviazione per assenza di colpa grave ove valuti che l'azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei

cura di A. GRIBAUDO - R. PATUMI, Sant'Arcangelo di Romagna, 2020, 781 ss.

⁽¹⁶⁾ Così F.M. LONGAVITA, *Regole probatorie e regole di giudizio nell'ammissione e valutazione giudiziale degli esiti dell'attività consultiva e di controllo*, in www.contabilità-pubblica.it, 21 aprile 2017.

⁽¹⁷⁾ A titolo esemplificativo, gli atti pubblici acquisiti nell'esercizio di una delle varie forme di controllo che il sistema consente oggi di enucleare avranno il valore loro assegnato dall'art. 2700 c.c., indipendentemente dall'attività di relativa acquisizione, mentre le altre prove raccolte anch'esse in sede di controllo avranno il valore indiziario proprio delle c.d. prove libere, e segnatamente di quelle atipiche, nelle quali vanno inquadrare la maggior parte di esse.

⁽¹⁸⁾ L'art. 69, comma 2, c.g.c., è stato modificato dal d.lgs. 7 ottobre 2019, n. 114, recante disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (c.d. correttivo). La versione previgente era la seguente: «il pubblico ministero dispone altresì l'archiviazione per assenza di colpa grave quando l'azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi».

presupposti generali per il rilascio dei medesimi», mentre l'art. 95 c.g.c., rubricato *Disponibilità e valutazione della prova*, al comma 4 prevede che «il giudice, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi».

Il concreto assetto operativo della funzione consultiva di cui all'art. 7, comma 8, della l. 5 giugno 2003, n. 131, si esprime mediante pareri che possono essere resi dalle Sezioni regionali di controllo e dalla Sezione delle autonomie ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ In particolare, la funzione consultiva in materia di contabilità pubblica, in favore degli enti territoriali, è stata introdotta dall'art. 7, comma 8, della l. n. 131/2003, con cui è stata data attuazione all'art. 118 della Costituzione in materia di esercizio delle funzioni amministrative. Il dettato normativo, la cui attuale formulazione è stata determinata anche dall'integrazione apportata con l'art. 10-*bis* del d.l. 24 giugno 2016, n. 113, convertito dalla l. 7 agosto 2016, n. 160, statuisce che «le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane. Richieste di parere nella medesima materia possono essere rivolte direttamente alla Sezione delle autonomie della Corte dei conti: per le Regioni, dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome; per i Comuni, le Province e le Città metropolitane, dalle rispettive componenti rappresentative nell'ambito della Conferenza unificata». La scarna previsione legislativa è stata riempita di contenuto in via giurisprudenziale attraverso due fondamentali pronunce (Corte dei conti, Sezione delle autonomie, 17 febbraio 2006, n. 5, e Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, 17 novembre 2010, n. 54) che hanno definito la nozione di contabilità pubblica strumentale alla funzione consultiva: essa, infatti, ha un ambito limitato alle normative e ai relativi atti che disciplinano in generale l'attività finanziaria e patrimoniale degli enti nonché nei confronti di quei quesiti connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, non può concernere fatti gestionali specifici, ma solo ambiti e oggetti di portata generale e non deve rispondere a quesiti che formano oggetto di esame da parte di altri organi, per scongiurare interferenze e condizionamenti ed evitare di orientare le amministrazioni nelle scelte di condotte processuali in vertenze di carattere giudiziario in atto o in via di instaurazione. Si tratta di pareri facoltativi, la cui richiesta è rimessa alla valutazione degli enti soggettivamente legittimati a richiederli. Le deliberazioni mediante le quali le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti pronunciano in merito alla richiesta di parere constano di una parte in fatto, nella quale è esposta la richiesta, e di una nella quale

Le disposizioni dell'art. 95, comma 4, c.g.c. acquistano una loro concreta e specifica rilevanza, nel contesto delle regole di valutazione delle prove nel giudizio di responsabilità erariale, se lette insieme a quelle del precedente art. 69, comma 2, c.g.c. La lettura coordinata delle disposizioni dei due richiamati articoli, secondo dottrina e giurisprudenza, avrebbe il pregio di enunciare una regola di esonero da responsabilità tipizzata, che si realizza quando l'azione amministrativa, produttiva di danno o lesiva dei beni-valori della contabilità pubblica, sia stata posta in essere in conformità ad un parere della Corte dei conti. Pertanto, si ritiene che a fini esimenti il parere deve necessariamente precedere la condotta dannosa, o comunque lesiva dei beni-valori della contabilità pubblica, e la condotta stessa, nella sua essenza, deve essere stata ispirata proprio dal contenuto del parere.

Un problema interpretativo si pone con riferimento alla locuzione *ove prodotti in causa*: la regola generale prevede che verosimilmente l'onere incomba sul presunto responsabile che ha interesse ad azionare l'esimente secondo il principio dispositivo dei mezzi di prova; ma nulla vieta che il parere stesso possa anche esser acquisito (materialmente) d'ufficio dal Giudice, una volta introdotto nel *thema decidendum* dalla parte che vi ha interesse.

Al riguardo, appare interessante la ricostruzione offerta da una recente sentenza della Corte dei conti secondo cui «nell'am-

sono esposti i profili di diritto, i quali a loro volta si articolano nella motivazione preliminare in ordine alla sussistenza dei requisiti di ammissibilità soggettiva e oggettiva, ed, eventualmente, nell'esame dei profili di merito della richiesta. La trattazione del merito inizia solitamente con una ricostruzione del quadro normativo rilevante ai fini del parere; prosegue, quindi, con una enunciazione degli eventuali precedenti giurisprudenziali in materia, con particolare riguardo a quelli del giudice contabile, non escludendo, tuttavia, pronunce di diverse magistrature. La pronuncia consultiva viene adottata in sede collegiale mediante deliberazione sottoscritta dal relatore, nonché dal presidente della sezione e trasmessa all'amministrazione istante e, per conoscenza, al Consiglio delle autonomie locali, se istituito. Per un approfondimento, R. PATUMI, *L'attività consultiva in materia di contabilità pubblica*, in AA.VV., *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici*, a cura di A. GRIBAUDO - R. PATUMI, Sant'Arcangelo di Romagna, 2020, 825 ss.. Da ultimo, F. PETRONIO, *La funzione consultiva della Corte dei conti: la proiezione territoriale, il perimetro di applicazione e l'esigenza di armonizzazione degli esiti*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2024, 1, 37.

bito del giudizio di responsabilità amministrativa il convincimento del giudice non può formarsi prescindendo dalla valutazione dei pareri resi dalla Corte dei conti in sede consultiva, dovendo il medesimo obbligatoriamente ricomprenderli tra gli elementi sui quali fonda la decisione, dandone conseguentemente conto in motivazione sia per fornirvi adesione quanto — *a fortiori* — per discostarsene»⁽²⁰⁾. Alla stregua di quanto espresso, l'art. 95, comma 4, c.g.c. non introdurrebbe un'esimente di responsabilità amministrativa in ipotesi di sussistenza di pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva favorevoli alle posizioni dei convenuti, non prevedendosi alcun effetto conformativo in capo al giudice della responsabilità. Ne deriva che i pareri che il giudice è chiamato a valutare non assumono il valore di prove, assoggettate al principio di disponibilità, non venendo in rilievo elementi fattuali assoggettati al relativo onere probatorio ma conflueno i pareri tra gli elementi liberamente valutabili (nel merito) ai fini dell'esame di sussistenza della colpa grave e del nesso causale. In tal senso, la giurisprudenza contabile ha escluso rilievo dirimente alla produzione in giudizio dei pareri resi in sede consultiva, ritenendo ritualmente assolto l'onere di produzione in giudizio previsto dalla norma dall'espresso e pedissequo richiamo ai contenuti dei pareri, riportati, nel caso di specie, sia nella deliberazione comunale sia negli atti difensivi.

Pertanto, alcuni pareri per la loro importanza possono anche non essere allegati in quanto si considerano nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, posti a fondamento della decisione dal giudice senza bisogno di prova, ai sensi dell'art. 95, comma 2, c.g.c., o trattati come bagaglio di conoscenza propria del Giudice in ordine agli orientamenti giuridici rilevanti nella materia dedotta in giudizio (*iura novit curia*).

Inoltre, la giurisprudenza, esclusa la sindacabilità nel merito delle scelte dell'amministrazione (come declinata dall'art. 1,

⁽²⁰⁾ Cfr. Corte dei conti, Sezione II giurisdizionale centrale d'appello, sent. n. 248/2023; dello stesso tenore si segnala Corte dei conti, Sezione giurisdizionale della Regione Sardegna, sent. n. 77/2024.

comma 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, novellato dall'art. 3, comma 1, lett. a, del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639), ha rimarcato che le condotte dei convenuti restano valutabili «sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte effettuate e dell'utilità conseguita dall'ente a fronte della spesa sostenuta», anche attraverso l'espresso richiamo e la testuale riproduzione di stralci di pareri resi delle Sezioni di controllo della Corte dei conti in casi analoghi.

Un altro problema interpretativo ha, poi, riguardato l'inciso *nel rispetto dei presupposti generali per il loro rilascio*: gli organi di controllo della Corte dei conti subordinano l'esame del parere nel merito al ricorrere di specifici requisiti soggettivi e oggettivi di ammissibilità della relativa richiesta ⁽²¹⁾. Il quesito formulato, infatti, deve involgere la materia della contabilità pubblica su temi di carattere generale, non deve essere funzionale all'adozione di concreti atti di gestione dell'ente, al fine di evitare una compartecipazione all'amministrazione attiva, e non deve determinare un rischio di interferenze con l'esercizio delle altre funzioni intestate alla Corte (giurisdizionale, requirente e di controllo) — c.d. interferenza interna — ovvero con funzioni proprie di altri organi — c.d. interferenza esterna — salva l'estensione della funzione consultiva prevista dall'art. 46 della l. 23 dicembre 2021, n. 238, in relazione alle sole risorse stanziare dal P.N.R.R. e dal P.N.C. ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Sul punto, Corte dei conti, Sezione delle autonomie, deliberazione n. 5/2006 e Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 54/2010.

⁽²²⁾ L'art. 46 della l. 23 dicembre 2021, n. 238 (c.d. legge europea 2019-2020), in attuazione del regolamento (UE) 2021/241, istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza, è intervenuto a rafforzare la funzione consultiva della Corte dei conti, chiamandola ad esprimere pareri in due ulteriori casi. Il primo vede le amministrazioni centrali e gli altri organismi nazionali di diritto pubblico — limitatamente alle risorse stanziare dal P.N.R.R. e dai suoi fondi complementari, e con riferimento a fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro — legittimati a richiedere pareri nelle materie di contabilità pubblica alle Sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva. Nel secondo caso, i comuni, le province, le città metropolitane e le regioni possono richiedere analoghi pareri alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti territorialmente competenti, in merito alle condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica all'esercizio delle funzioni e alle attività finanziate sempre con le risorse stanziare dal P.N.R.R. e dai suoi fondi complementari. In entrambi i casi viene esclusa la gravità

Tuttavia, non mancano casi in cui l'adita Sezione di controllo della Corte dei conti, dopo aver rilevato l'assenza di uno dei predetti requisiti, esprima comunque il parere sulla richiesta formulata, anzi tale prassi è molto frequente e dettata dallo spirito collaborativo della magistratura contabile nei confronti degli enti. Secondo una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, il valore della esimente prevista dagli artt. 95, comma 4, e 69, comma 2, c.g.c. dovrebbe restare integra anche per i pareri resi in assenza dei predetti presupposti (soggettivi e oggettivi) di ammissibilità della relativa richiesta, purché ne sussistano — in concreto — le reali condizioni di efficacia, basati sulla effettiva capacità di condizionamento logico-causale della condotta illecita dei pareri stessi, tenuta dopo la loro emissione ed in stretta aderenza alle relative indicazioni ⁽²³⁾. In questi casi, ai fini della valutazione dei profili considerati nei predetti pareri, non godendo del valore probatorio privilegiato legato alla *produzione nella causa* declinata nei termini poc'anzi specificati, probabilmente sarà necessaria una più articolata acquisizione di mezzi istruttori, con onere a carico della parte interessata, dai quali argomentare l'esonero (o una più favorevole graduazione) di responsabilità del convenuto, oppure la maggiore fondatezza dell'azione erariale, esercitata dal requirente contabile.

5.3. La rilevanza del controllo preventivo di legittimità.

L'art. 17, comma 30-*quater*, del d.l. 1 luglio 2009, n. 8, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, ha innovato l'art

della colpa qualora l'azione amministrativa si sia conformata ai pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva «nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi». Per un approfondimento, F. FRACCHIA, *Le nuove sfide della Corte dei conti: il difficile equilibrio tra giurisdizione, controllo e attività consultiva, guardando anche alle crisi della modernità*, in *Nuove autonomie*, 2022, 3, 761; C. CHIAPPINELLI, *Le risorse del P.N.R.R. e l'attività consultiva della Corte dei conti*, in *Rivista della Corte dei conti – Quaderni*, 2022, 3, 65; D. CENTRONE, *L'attività consultiva quale funzione ausiliaria della Corte dei conti nei confronti di regioni e province autonome*, in *Federalismi*, 3 giugno 2024.

⁽²³⁾ Sul punto F.M. LONGAVITA, *Specificità del sistema probatorio del giudizio di responsabilità erariale di primo grado*, in www.contabilità-pubblica.it, 17 novembre 2017.

1, comma 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, recante *Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*, disponendo che «in ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall’emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell’esercizio del controllo».

Con tale previsione è stato ribaltato il canone storico della indifferenza della responsabilità erariale alla registrazione degli atti amministrativi, per i quali la responsabilità stessa non veniva mai meno per effetto della registrazione e del visto della Corte, secondo quanto statuito dall’art. 27 del R.D. n. 1214/1934.

L’attuale formulazione dell’art. 1, comma 1, della l. n. 20/1994 costituisce, quindi, una deroga che opera come causa di giustificazione o esimente dell’antigiuridicità del fatto, la cui ragionevolezza risiede nella circostanza dell’essere espressamente circoscritta ai profili presi in considerazione nel controllo preventivo di legittimità. La disposizione citata ancora, infatti, la carenza di responsabilità alla mancanza di colpa grave ed affida all’esito positivo del controllo preventivo di legittimità il valore di prova legale della carenza della colpa grave stessa, «quando il fatto dannoso tragga origine dall’emanazione di un atto».

La carenza della colpa grave, dunque, insiste su una condotta dannosa successiva all’adozione dell’atto, posta in essere dopo la sua registrazione, che fa affidamento proprio sull’ammissione a visto dell’atto stesso, sotto il profilo della sua legittimità, attestata dall’esito favorevole del controllo della Corte dei conti.

6. La prospettiva *de iure condendo*.

Proprio sul secondo e terzo profilo posto all’attenzione risulta interessante la prospettiva *de iure condendo* ⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Per un’analisi complessiva *de iure condendo*: G. TERRACCIANO, *La riforma della responsabilità amministrativa, tra esigenze di efficienza delle PPAA. e di protezione degli interessi erariali per consentire un’autonomia decisionale dei funzionari pubblici più consapevole e meno timorosa*, in *Amministr@tivamente*, 2024, 3, 881; V. TENORE, *La “paura della firma” e “la fatica dell’amministrare” tra mito e realtà: categorie reali*

Al riguardo, già la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 132/2024 ⁽²⁵⁾, aveva tracciato il perimetro di una eventuale riforma della disciplina sulla responsabilità amministrativo-contabile, evidenziando che seppur il legislatore non potrebbe in ogni caso riproporre una limitazione dell'imputabilità al solo dolo per le condotte attive (come avvenuto con l'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 ⁽²⁶⁾), avrebbe, tuttavia, la possibilità, nell'esercizio della discrezio-

o mera giustificazione per l'impunità normativa degli amministratori pubblici? Dalla "Corte dei conti" alla "Corte degli sconti", in *Rivista della Corte dei conti*, 2025, 1, 1.

(25) Sull'argomento mi sia consentito rinviare a D. PALUMBO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico?*, in *Giustizia insieme*, 18 novembre 2024. Tra i commenti alla pronuncia si segnalano: V. TENORE, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2024, 4, 204; F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi*, 2024, 19; F.S. MARINI, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2024, 4, 1; L. BALESTRA, *Per un ripensamento della responsabilità erariale e, più in generale, delle funzioni della Corte dei conti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2024, 10, 2166; G. BOTTINO, *La "quadratura del cerchio": amministrare per risultati, temere le responsabilità pubbliche, difendersi perché "così fan tutti"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2024, 4, 1619; D. BOLOGNINO, *Ancora un tassello per la definizione di un nuovo equilibrio della responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, 2024, 2, 151; A. RIPEPI, *"Paura della firma", principio della fiducia ed evoluzioni della Pubblica Amministrazione. Disamina di Corte costituzionale, 16 luglio 2024, n. 132*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2024, 4, 96; S. BATTINI, *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa: la sentenza "Pitruzzella"*, in *Gior. dir. amm.*, 2025, 1, 73.

(26) Il termine originario previsto dall'art. 21, comma 2, del d.l. n. 76/2020 e fissato al 31 luglio 2021 è stato oggetto di prima proroga al 31 dicembre 2021 già in sede di conversione con la l. n. 120/2020. Una successiva proroga al 30 giugno 2023 è stata disposta dall'art. 51, comma 1, lett. h), del d.l. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 108/2021, un ulteriore rinvio al 30 giugno 2024 è stato previsto dall'art. 1, comma 12-*quinquies*, lett. a), del d.l. n. 44/2023, convertito con modificazioni dalla l. n. 74/2023, e un'ulteriore proroga è stata accordata al 31 dicembre 2024 dall'art. 8, comma 5-*bis*, del d.l. n. 215/2023, così come convertito con modificazioni dalla l. n. 18/2024. Da ultimo, l'art. 1 del d.l. 12 maggio 2025, n. 68, convertito dalla l. 2 luglio 2025, n. 100, ha previsto che «il termine di cui all'art. 21, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, relativo alla responsabilità erariale è differito al 31 dicembre 2025. La disciplina ivi prevista trova applicazione anche per i fatti

nalità che gli compete, di attingere al complesso di proposte illustrate nelle numerose analisi scientifiche della materia, «alleviando la fatica dell'amministrare, senza sminuire la funzione deterrente della responsabilità amministrativa», tra le quali figura anche il rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti, con il contestuale abbinamento di una esenzione da responsabilità colposa per coloro che si adeguino alle sue indicazioni ⁽²⁷⁾.

Sulla riforma di cui alla proposta di legge C. n. 1621, recante *Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20*, al codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e *altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale*, di cui è in corso la discussione parlamentare ⁽²⁸⁾, occorre far riferimento al parere n. 3/2024 ⁽²⁹⁾ della Corte dei conti, Sezioni riunite in sede consultiva, reso nell'adunanza del 28 ottobre 2024, con il quale la magistratura contabile ha espresso perplessità

commessi tra il 30 aprile 2025 e la data di entrata in vigore del presente decreto». Sull'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, la dottrina è univocamente critica: A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2020, 5, 3; L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, in *Federalismi*, 2020, 30; M. ATELLI et al., *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge Semplificazioni fra contraddizioni e incoerenza di sistema*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2020, 6, 28; P. BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra scudo erariale e dolo "penalistico"*, in *Azienditalia*, 2021, 722; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2021, 1, 18; M.T. D'URSO, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto Semplificazioni")*, convertito dalla legge n. 120/2020, in *Rivista della Corte dei conti*, 2021, 2, 21; AA.VV., *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, a cura di V. TENORE, V^a ed., Milano, 2022, 418; A. CANALE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, a cura di A. CANALE - D. CENTRONE - F. FRENI - M. SMIROLDO, Milano, 2022, 2^a ed., 133.

⁽²⁷⁾ Rinvenibile al punto 11.1 della motivazione della sentenza.

⁽²⁸⁾ Si segnala che, allo stato, la proposta di legge C. n. 1621 è stata approvata dalla Camera dei deputati in data 9 aprile 2025 ed è transitata al Senato della Repubblica come S. n. 1457.

⁽²⁹⁾ Successivamente, attesa l'approvazione della proposta di legge alla Camera e il conseguente transito al Senato della Repubblica, la Corte dei conti, Sezioni riunite in sede consultiva, nell'adunanza del 9 giugno 2025 ha reso il parere n. 4/2025/CONS.

in ordine ad alcune disposizioni.

In questa sede ci si limita a segnalare due profili di criticità che potrebbero riverberarsi in punto di regole probatorie.

Quanto all'attività consultiva della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica ⁽³⁰⁾ preme segnalare la novità in punto di regola probatoria atteso che, con l'art. 2 della proposta di legge C. n. 1621, verrebbe imposta l'esclusione della gravità della colpa per gli atti adottati in conformità ai pareri resi, con un meccanismo di esonero totale ed esclusione in modo automatico della responsabilità ⁽³¹⁾; peraltro, con una previsione di difficile

⁽³⁰⁾ Sul punto si segnala che l'art. 2, comma 1, della proposta di legge C. n. 1621 — che originariamente prevedeva l'estensione della funzione consultiva *anche su fattispecie concrete* — è stato emendato prevedendo la possibilità di rendere pareri in materia di contabilità pubblica *anche su questioni giuridiche applicabili a fattispecie concrete*. Al riguardo, la Corte dei conti, nel parere n. 3/2024/CONS, aveva manifestato perplessità chiarendo che «sebbene le richieste di parere siano solitamente originate da una esigenza gestionale dell'Amministrazione, l'ausilio consultivo della Magistratura contabile può essere dato solo ed esclusivamente sulla corretta interpretazione di principi, norme ed istituti riguardanti la contabilità pubblica poiché, come già sopra evidenziato, è preclusa qualsiasi forma di co-amministrazione o di cogestione in quanto incompatibile con la posizione di neutralità, indipendenza ed imparzialità che contraddistingue l'attività magistratuale e che preclude a un magistrato di sostituirsi all'amministrazione, il che accadrebbe ove la Sezione rendesse un parere su un caso di specie. Si porrebbero, diversamente, problemi di compatibilità della disposizione in commento con il principio di riserva d'amministrazione di cui all'art. 97 Cost oltre che con i caratteri di terzietà ed indipendenza garantiti alla Corte dei conti dall'art. 100 della Costituzione». Il testo dell'art. 2, comma 1, approvato dalla Camera dei deputati e transitato al Senato della Repubblica come S n. 1457 è, dunque, il seguente: «La sezione centrale della Corte dei conti per il controllo di legittimità su atti, su richiesta delle amministrazioni centrali e degli altri organismi nazionali di diritto pubblico, rende pareri in materie di contabilità pubblica, anche su questioni giuridiche applicabili a fattispecie concrete connesse all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), di valore complessivo non inferiore a un milione di euro, purché estranee ad atti soggetti al controllo preventivo di legittimità ovvero a fatti per i quali la competente procura contabile abbia notificato un invito a dedurre. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti rendono i pareri di cui al primo periodo, su richiesta dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle regioni. (...)». Nel parere n. 4/2025/CONS, la Corte dei conti dà atto, infatti, che «La sostituzione della originaria espressione “anche su fattispecie concrete” con la più pertinente “anche su questioni giuridiche applicabili a fattispecie concrete”, appare pertanto coerente con quanto ivi osservato».

⁽³¹⁾ Il penultimo periodo dell'art. 2, comma 1, approvato dalla Camera dei deputati e transitato al Senato della Repubblica come S n. 1457 prevede, infatti, che «È esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa per gli atti adottati in conformità ai pareri resi», diversa-

interpretazione in caso di mancata espressione del parere da parte della magistratura contabile con funzioni di controllo nel termine perentorio di trenta giorni (art. 2, comma 2): si intenderebbe reso un parere conforme a quanto prospettato dall'ente qualora l'ente prospetti una soluzione, ma reso *in senso negativo* se invece l'ente non prospetti alcunché ⁽³²⁾.

Appare evidente che ogni considerazione sugli effetti, allo stato, appare affrettata, in assenza dell'eventuale approvazione del testo finale che nel corso della discussione parlamentare potrebbe (auspicabilmente) subire modifiche.

Con riferimento, invece, all'esclusione della responsabilità per colpa grave per i fatti dannosi che traggano origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, l'art. 1, comma 1, lett. a, della proposta

mente da quanto previsto dagli artt. 69, comma 2, e 95 comma 4, c.g.c., come ampiamente argomentato nel paragrafo 5.2 del presente contributo, al cui contenuto si rinvia.

⁽³²⁾ Si riporta il testo dell'art. 2, della proposta di legge S. n. 1457 (invariato rispetto alla versione di cui alla proposta di legge C n. 1621), al cui comma 2 prevede che «I pareri di cui al comma 1 sono resi entro il termine perentorio di trenta giorni dalla richiesta. In caso di mancata espressione del parere nel termine di cui al primo periodo, lo stesso si intende reso in senso conforme a quanto prospettato dall'amministrazione richiedente, ai fini dell'esclusione della gravità della colpa di cui al medesimo comma 1, ovvero in senso negativo qualora l'amministrazione richiedente non abbia prospettato alcuna soluzione». Al riguardo, la Corte dei conti, nel parere n. 4/2025/CONS ha ribadito le perplessità già manifestate con il parere n. 3/2024/CONS, sottolineando che «anche quando esercita funzioni consultive, la Corte conserva la sua terzietà e imparzialità: non può essere considerata parte del procedimento amministrativo, né può essere soggetta a meccanismi tipici della funzione amministrativa, come il silenzio-assenso» e precisando che «prevedere che il mancato rilascio del parere entro il termine si traduca in un'esenzione tacita di responsabilità o in un parere implicito snatura la funzione consultiva, trasformandola da presidio tecnico-giuridico a strumento procedurale svuotato di effettività. Ciò determinerebbe una commistione impropria tra funzione giurisdizionale e amministrativa, in violazione dei principi costituzionali di separazione delle funzioni e legalità». Peraltro, si aggiunge che «l'effetto automatico del silenzio-assenso potrebbe indurre a un uso distorto del potere consultivo, incoraggiando le amministrazioni a sollecitare la Corte non per ricevere indicazioni giuridicamente fondate, ma per ottenere una copertura preventiva rispetto a una paventata responsabilità amministrativa. Si genererebbe così una prassi "opportunistica", con un aggravio del carico consultivo e un indebolimento del ruolo istituzionale del giudice contabile». Si propone, pertanto, di modificare l'art. 2, comma 2, in «I pareri di cui al comma 1 sono resi entro il termine di trenta giorni dalla richiesta», al fine di renderlo coerente con i principi di tenore costituzionale, nonché con la previsione di cui all'art. 46 della l. 23 dicembre 2021, n. 238.

di legge C. n. 1621, nel modificare l'art. 1, comma 1, della l. n. 20/1994, sopprimerebbe l'inciso *limitatamente ai profili presi in considerazione* provvedendo contestualmente alla dilatazione della scaturigine del fatto dannoso anche *da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti al controllo* ⁽³³⁾.

Pertanto, ci si domanda cosa potrebbe accadere di fronte a un espletamento del controllo preventivo di legittimità che di per sé verrebbe a costituire un titolo di esonero della responsabilità erariale, senza che vi sia alcun legame tra l'esimente e le attività conseguenti all'esecuzione dell'atto su cui è stato apposto il visto. La Corte dei conti, infatti, nel richiamato parere n. 3/2024/CONS ha sottolineato come l'elisione della gravità della colpa allo stato si giustifica proprio in ragione dell'essere considerata in relazione a un comportamento strettamente connesso all'esecuzione di un atto di cui si è accertata la legittimità in sede di controllo ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Sul punto si segnala che l'art. 1, comma 1, della proposta di legge C. n. 1621 — che originariamente prevedeva l'esclusione della responsabilità per colpa grave quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità *ovvero da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo* — è stato emendato prevedendo la scaturigine del fatto dannoso *ovvero dagli atti richiamati e allegati che costituiscono il presupposto logico e giuridico dell'atto sottoposto a controllo*. Il testo dell'art. 1, comma 1, lett. a, approvato dalla Camera dei deputati e transitato al Senato della Repubblica come S n. 1457 è, dunque, per la parte che qui interessa, il seguente: «In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, ovvero dagli atti richiamati e allegati che costituiscono il presupposto logico e giuridico dell'atto sottoposto a controllo».

⁽³⁴⁾ Al riguardo, la Corte dei conti, nel parere n. 4/2025/CONS, nel prendere atto della modifica intervenuta nel corso dell'esame presso la Camera dei deputati, ha evidenziato che «risulta conforme alle indicazioni fornite nel precedente parere da queste Sezioni riunite, l'emendamento — rispetto al testo originario — che ricollega il regime di esenzione dalla responsabilità, non più a “uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo”, bensì limitato ad “atti richiamati e allegati che costituiscono il presupposto logico e giuridico dell'atto sottoposto a controllo”. Questa locuzione, infatti, individua uno stretto collegamento fra la causa di giustificazione o esimente dell'antigiuridicità del fatto e i profili presi in considerazione nel controllo preventivo di legittimità strettamente connessi ai presupposti logici e giuridici presi in considerazione nell'esercizio del controllo. Per le suddette ragioni l'emendamento appena illustrato assorbe il contenuto della locuzione “limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo”, contestualmente soppressa». Tuttavia, si segnala che con l'art. 1, comma 1, lett. b, della proposta di legge C n. 1621, approvata dalla Camera dei deputati e transitata al Senato

Anche in questo caso, comunque, occorre attendere l'eventuale approvazione del testo finale per potersi interrogare sugli effetti in punto di prova ⁽³⁵⁾.

della Repubblica come S n. 1457, è stato aggiunto un ultimo periodo all'art. 3, comma 2, della l. n. 20/1994, prevedendo che i provvedimenti sottoposti al controllo preventivo di legittimità *si intendono registrati a tutti gli effetti, compresa l'esclusione di responsabilità ai sensi dell'articolo 1, comma 1*, decorso il termine di trenta giorni dalla data di deferimento dei provvedimenti o dalla data di arrivo degli elementi richiesti con ordinanza istruttoria. Pertanto, nel parere n. 4/2025/CONS, la Corte dei conti ha sottolineato che «con tale disposizione, si introduce l'effetto automatico della "registrazione a tutti gli effetti", per mera decorrenza del termine, di tutti gli atti sottoposti a controllo preventivo di legittimità, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 20 del 1994, non più quindi soltanto di quelli relativi al PNRR e al PNC. Le considerazioni sopra esposte, dunque, non solo vanno ribadite rispetto alla norma in esame, ma trovano maggior vigore in quanto si introduce, in via generalizzata e dunque non limitata a determinati atti in considerazione di eventuali plurimi aspetti di specialità della materia, un meccanismo di silenzio-assenso incompatibile con la funzione di controllo preventivo di legittimità della Corte con le conseguenze gravemente distorsive già ampiamente esposte. Se ne auspica pertanto l'espunzione attesi i profili di incostituzionalità della norma già evidenziati, nonché le complessive criticità che deriverebbero dall'applicazione della stessa». Da ultimo, M. MAZZAMUTO, *I casi di esclusione della colpa grave nella responsabilità amministrativa: profili di incostituzionalità e di incongruenza del disegno di legge S. 1457 (Foti)*, in *Diritto&Conti – Bilancio Comunità Persona*, 1 settembre 2025.

⁽³⁵⁾ Residuano perplessità sulla formulazione dell'art. 1, comma 1, lett. b, della proposta di legge C. n. 1621 approvata dalla Camera dei deputati e transitata al Senato della Repubblica come S n. 1457, che prevede l'aggiunta del comma 1-ter all'art. 3 della l. n. 20/1994 dal seguente tenore: «Per i contratti pubblici connessi all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), il controllo preventivo di legittimità di cui al comma 1, lettera g), è svolto sui provvedimenti di aggiudicazione, anche provvisori, e sui provvedimenti conclusivi delle procedure di affidamento che non prevedono l'aggiudicazione formale. I termini di cui al comma 2 hanno carattere perentorio; qualora alla scadenza non sia intervenuta la deliberazione, l'atto si intende registrato anche ai fini dell'esclusione di responsabilità di cui all'articolo 1, comma 1. Il visto può essere recusato soltanto con deliberazione motivata». Al riguardo, la Corte dei conti, nel parere n. 4/2025/CONS, nel prendere positivamente atto dell'eliminazione, originariamente prevista, del dimezzamento dei termini del controllo, sottolinea tuttavia che «restano valide, pertanto, tutte le osservazioni già rese, volte ad evidenziare come trattasi di interventi che, per quanto concepiti per soddisfare esigenze di semplificazione e accelerazione dei procedimenti allo scopo di assicurare l'impiego delle risorse e la realizzazione degli obiettivi, si rivelano, ancora una volta e sotto diversi profili, destinati a creare invece un ulteriore abbassamento del livello delle garanzie poste a tutela della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa, ma soprattutto con rilevanti criticità sotto il profilo della legittimità costituzionale».

7. Conclusioni.

Conclusivamente, alla stregua di quanto sinteticamente illustrato, risulta evidente che l'ordinamento nazionale si dirige verso un rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti, in adesione peraltro a quanto indicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 132/2024, e quindi il tema delle regole probatorie per l'accertamento della responsabilità erariale nel raccordo tra le funzioni di controllo e giurisdizionali avrà in futuro una rilevanza ancora più significativa.

La responsabilità amministrativo-contabile “oltre ogni ragionevole dubbio”

di ANTONIO BARONE

Una giurisprudenza consolidata della Corte dei conti tende a ricostruire il regime dell'accertamento probatorio contabile, come quello del processo civile, sulla base della regola della preponderanza dell'evidenza o, appunto, del più probabile che non, così disconoscendo la regola di stampo penalistico del “*oltre ogni ragionevole dubbio*” ⁽¹⁾. Ciò consente alla Corte dei Conti di infliggere condanne particolarmente gravose nei confronti dei cittadini senza la necessità di rispettare lo *standard* probatorio che sarebbe invece richiesto per una condanna da parte del giudice penale. Tale conclusione presenta diversi profili di criticità in termini di effettività della tutela giurisdizionale, specie in un contesto in cui anche la Corte costituzionale segnala recentemente la “*fatica dell'amministrare*”, tale da rendere sempre più difficile l'esercizio della discrezionalità amministrativa e stimolare al contempo

(1) *Ex multis*, v. la recente pronuncia della Corte dei Conti, sez. III giur. centrale di appello, n. 71/2024, nella quale si afferma: «Secondo un autorevole arresto delle Sezioni Riunite di questa Corte (sentenza n. 28 del 18 giugno 2015), conforme peraltro all'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. 16.10.2007, n. 21619; Cass. 18.4.2007, n. 9238; Cass. 5.9.2006, n. 19047; Cass., 13/07/2006, n. 295; Cass. 4.3.2004, n. 4400; Cass. 21.1.2000 n. 632) e di quella comunitaria (Corte giustizia, 15/02/2005 n. 12), nel giudizio giuscontabilistico, il giudice, per affermare la sussistenza del nesso causale deve fare uso della regola, propria del processo civile, del “più probabile che non”; giudizio che si basa sugli elementi di convincimento disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana), la cui attendibilità va verificata sulla base dei relativi elementi di conferma” (conforme Corte dei conti, SS.RR. sentenza 28/QM/2015; Sez. II app. n. 169/2023)».

la c.d. burocrazia “difensiva” ⁽²⁾. Senza in questa sede voler prendere in considerazione i vari aspetti problematici della riforma in corso di esame da parte del Parlamento, le criticità evidenziate potrebbero essere superate, *de iure condito*, ricollegando la responsabilità amministrativo-contabile alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sui famosi “*criteri Engel*”, allo scopo di attrarre le sentenze di condanna per responsabilità amministrativo-contabile della Corte dei Conti nell’alveo del c.d. *volet pénal* degli artt. 6 e 7 Cedu.

È noto infatti il progressivo ampliamento delle garanzie della legalità penale all’uopo previste (in particolare) dalla Cedu a fattispecie diverse dalle condanne penali, come nel caso delle sanzioni amministrative ⁽³⁾. Il c.d. *volet pénal* della Convenzione abbraccia anche i principi *nulla poena sine lege*, di irretroattività della legge penale più sfavorevole, di tassatività della legge penale. In particolare, se la condanna per responsabilità amministrativo-contabile avesse, nell’ottica convenzionale, una valenza penale, allora apparirebbe chiaro che la regola del più probabile che non, quale regola tipica della responsabilità civile, non sarebbe applicabile alla responsabilità amministrativa contabile. Ciò con inevitabili ricadute positive sul fronte della effettività della tutela giurisdizionale e su un più generale piano di civiltà giuridica. Si tratta di argomentazioni già sviluppate dalla dottrina, non solo amministrativistica, che restano ancora oggi di attualità ⁽⁴⁾, anche alla luce della giurisprudenza nazionale più recente.

Secondo il tradizionale orientamento, la responsabilità amministrativo-contabile avrebbe natura risarcitorio-restitutoria, in quanto diretta a riparare il danno economico subito dalla P.A. in ra-

(2) Corte Costituzionale, 6 giugno 2024, n. 132.

(3) Per tutti cfr. F.G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, 2025, 2 ss.; v. anche D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative ‘punitive’ tra diritto costituzionale ed europeo*, www.giustizia-amministrativa.it.

(4) F. GOISIS, *Giudizio di responsabilità avanti alla Corte dei conti e art. 6 Cedu: una riflessione a fronte del Codice della giustizia contabile*, in *Amministr@tivamente*, n. 9-10/2017, www.amministrativamente.com; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

gione della condotta colposa o dolosa del pubblico dipendente, con oscillazioni giurisprudenziali, in punto di qualificazione, relative unicamente alla natura contrattuale o extracontrattuale della stessa.

L'indirizzo tradizionale è stato fortemente posto in crisi dalla riforma della giurisdizione contabile, attuata dalle leggi n. 19 e n. 20 del 1994 e soprattutto dalla legge n. 639 del 1996, nonché dalla giurisprudenza in materia della Corte costituzionale.

Si è affermata, infatti, la natura per così dire *sui generis* della responsabilità amministrativo-contabile, in ragione dell'introduzione di una disciplina che accentua le differenze di tale istituto rispetto alla responsabilità risarcitoria *stricto sensu*. Si tratta di diversità che in parte preesistevano (come ad es. il c.d. potere di riduzione dell'addebito *ex* art. 52, comma II, r.d. 12 luglio 1934 n. 1214 e art. 83, comma I, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, oggi confermato all'art.1, comma 1-bis, l. 20/1994), mentre altre sono state introdotte e ulteriormente specificate dalle riforme del 1994 e del 1996. Sotto quest'ultimo aspetto, in via esemplificativa, possono citarsi: il "principio di personalità", quale limitazione dei casi di trasmissibilità agli eredi dell'obbligo risarcitorio; la soglia minima di intensità dell'elemento psicologico, dolo e colpa grave; la limitazione della solidarietà passiva; la necessità di tener conto dei vantaggi conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità; la parzialità dell'obbligazione risarcitoria, l'obbligo per il Procuratore contabile di esercitare la relativa azione. Tali modifiche, non a caso, hanno indotto dottrina e giurisprudenza ad optare per una tesi che potrebbe essere definita "eclettica", ovvero che individua nell'illecito amministrativo-contabile un "terzo genere" di illecito, caratterizzato tanto da elementi risarcitori di stampo privatistico, quanto da elementi sanzionatorio-afflittivi, di stampo pubblicistico.

La giurisprudenza contabile ha comunque continuato a riconoscere prevalenza alla componente risarcitoria, riconducendo la responsabilità amministrativo-contabile pur sempre nell'alveo della responsabilità civile ⁽⁵⁾.

(5) In tal senso, tra le prime pronunce all'indomani delle riforme degli anni No-

Ciò premesso, va evidenziato come ormai da tempo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità tendano ad attribuire maggiore rilevanza ai caratteri sanzionatori della responsabilità erariale, enfatizzandone i testè accennati tratti differenziali rispetto alla responsabilità risarcitoria.

La giurisprudenza costituzionale, in particolare, prendendo atto delle novità legislative, ha evidenziato il «processo di nuova conformazione dell'istituto», sottolineando che «nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto qui in esame, deve essere valutata positivamente la limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo e colpa grave, la cui finalità è quella di determinare quanto del rischio della attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo» (6). La Corte ha anche affermato che la limitazione della responsabilità di dipendenti ed amministratori pubblici ai soli casi di dolo o colpa grave «si colloca nell'ambito di una nuova conformazione dell'istituto della responsabilità amministrativa e contabile, secondo linee volte, tra l'altro, ad accentuarne i profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori» (7). Infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale, «è indubbio che la responsabilità amministrativa, in generale, presenti una peculiare connotazione, rispetto alle altre forme di responsabilità previste dall'ordinamento, che deriva dalla accentuazione dei profili sanzionatori rispetto a quelli risar-

vanta, si veda Corte conti, SS. RR., 1° marzo 1996, n. 26/QM: «Queste caratteristiche non sono tali, peraltro, da snaturare l'istituto che tradizionalmente viene considerato appartenente al novero delle responsabilità patrimoniali, per avvicinarlo al genere delle situazioni afflittive di tipo sanzionatorio. Esso resta pur sempre responsabilità patrimoniale derivante da fatto illecito». Nello stesso senso, C. Conti, SS. RR., 27 maggio 1999, n. 15/QM: «Indubbiamente l'aspetto sanzionatorio è abbondantemente presente nella responsabilità dei pubblici funzionari, caratterizzandola nella sua specialità; ma non è possibile enfatizzare ancor più il ruolo di tale aspetto rendendolo assorbente e riducendo l'aspetto patrimoniale ad accessorio».

(6) Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371.

(7) Corte cost., 30 dicembre 1998, n. 453.

citori»⁽⁸⁾. Analogo approccio ricostruttivo viene utilizzato con riferimento alla responsabilità erariale per danno all'immagine della P.A., dai contenuti "multifunzionali", in cui «si accostano alla funzione di riparazione del danno finalità deterrenti e/o punitive, che determinano, insieme all'insorgere dell'obbligo ripristinatorio, anche quelli derivanti da effetti sanzionatori della norma»⁽⁹⁾.

Sembra così emergere con chiarezza che la finalità principale della responsabilità amministrativo-contabile non possa essere costretta esclusivamente nell'ottica dell'integrale riparazione del danno patito, come accade in materia civilistica. Una siffatta conclusione trova conferma anche dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Cassazione. Uno dei principali *leading-case* della giurisprudenza di legittimità può essere individuato nella pronuncia della terza sezione civile, n. 14632 del 14 luglio 2015, nella quale il giudizio di cd. di responsabilità amministrativo-contabile viene definito come «improntato alle forme tipicamente accusatorie del processo penale», nonché caratterizzato da «una funzione non già riparatoria e integralmente compensativa, ma essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria»⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355.

⁽⁹⁾ Corte cost., 8 marzo 2023, n. 123.

⁽¹⁰⁾ Nella citata sentenza, in particolare, la Cassazione afferma che: «Invero, il giudizio civile introdotto su domanda dalla P.A. ha ad oggetto l'accertamento del danno derivante dalla lesione di un suo diritto soggettivo, a cagione della violazione di un'obbligazione civile, contrattuale o legale, o della clausola generale di danno aquiliano da parte di colui che è investito del rapporto di servizio. Tale giudizio, quindi, prende necessariamente le mosse dalla verifica di un danno ed è finalizzato al conseguimento del suo pieno ristoro, in un'ottica essenzialmente riparatoria e integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare facente capo alla singola Amministrazione agente.

Diversamente è con riguardo al giudizio (cd. di responsabilità amministrativo-contabile) promosso innanzi alla Corte dei Conti dal Procuratore contabile, nell'esercizio dell'azione obbligatoria, indisponibile ed irretrattabile che ad esso compete.

Detto giudizio, improntato alle forme tipicamente accusatorie del processo penale, ha ad oggetto l'accertamento dell'inosservanza dei doveri inerenti al rapporto di servizio ed è tutela l'interesse pubblico generale al buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) e al corretto impiego delle risorse pubbliche; ossia quell'interesse "direttamente riconducibile al rispetto dell'ordinamento giuridico nei suoi aspetti generali ed indifferenziati"; non l'interesse particolare e concreto dello Stato in ciascuno dei settori in cui si articola o degli altri enti pubblici in relazione agli scopi specifici che ciascuno di essi persegue.

Nel medesimo solco si collocano le pronunce delle sezioni penali della Corte di Cassazione, che riconoscono la natura “peculiare” della responsabilità erariale e la sua “*funzione prevalentemente sanzionatoria*” (11).

Copiosa è poi la giurisprudenza della suprema Corte in punto di distinzione tra azione risarcitoria esercitata dalla P.A. dinanzi al Giudice ordinario ed azione esercitata dal Procuratore contabile: «l'azione di responsabilità per danno erariale e quella di responsabilità civile promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario restano reciprocamente indipendenti, anche quando investano i medesimi fatti materiali, essendo la prima volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria, e la seconda, invece, al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare

Esso persegue, invero, una funzione non già riparatoria e integralmente compensativa, ma essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria la cui disciplina, come è stato autorevolmente affermato dalla Corte Costituzionale, si caratterizza «per una combinazione di elementi restitutori e deterrenti». D'altra parte, allorquando un danno si sia concretamente verificato, esso può, ma non necessariamente deve, essere posto per intero a carico di chi lo ha cagionato da parte del Giudice Contabile (il cd. “potere riduttivo” di cui al R.D. n. 1214 del 1934, artt. 52 e 55, R.D. n. 1038 del 1933, artt. 40 e 50 e R.D. n. 2440 del 1923, art. 83, D.P.R. n. 3 del 1957); il quale giudice opera, nella ricostruzione del nesso causale intercorrente tra la violazione dei doveri di servizio e l'evento di danno, secondo criteri di carattere tipicamente penalistici (il cd. criterio della “probabilità prossima alla certezza” — Corte dei Conti merito, che richiama sul punto Cass. pen., Sez. Un. n. 30328 del 10 luglio 2002). Il carattere essenzialmente o prevalentemente sanzionatorio trova conferma, poi, negli interventi di riordino della disciplina del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile (cfr. L. n. 19 del 1994 e L. n. 20 del 1994, L. n. 639 del 1996 e loro successive integrazioni e modificazioni), nella parte in cui hanno ampliato il “potere riduttivo” del Giudice Contabile attraverso l'istituto del cd. “condono erariale”, sancito l'intrasmissibilità del debito agli eredi, salvo il limite dell'arricchimento da questi conseguito, nonché limitato la responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave — e, in taluni casi, solo di dolo (cfr. D.L. n. 78 del 2010, art. 29, comma 7, convertito, con modificazioni dalla L. n. 122 del 2010 e L. n. 15186 del 2014, art. 1, comma 6)».

(11) Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 2021, n. 8870. V. anche Cass. pen., sez. V, 03 novembre 2020, che sul punto richiama i principi ribaditi dalle Sezioni Unite n. 4883 del 19 febbraio 2019.

della amministrazione attrice» (12).

Il carattere sanzionatorio di cui si è sin qui discusso ha peraltro origini antiche e deriva dalla regola generale che impone al giudice contabile di graduare la condanna tenendo conto della gravità della colpa. Si tratta di un principio che, tuttavia, non è stato correttamente recepito dalla tradizionale giurisprudenza della Corte dei Conti, la quale, ispirandosi a concezioni civilistiche, ha finito per interpretare questo fondamentale potere del giudice come un marginale potere di riduzione dell'addebito, considerandolo quasi un potere di grazia in relazione a particolari circostanze, così configurando un istituto eccezionale, il cosiddetto potere riduttivo.

(12) Cass., Sez. Un., 07 maggio 2020, n. 8634. Si ricorda altresì Cass., Sez. Un., 12 aprile 2012, n. 5756, secondo cui «è del tutto in linea col sistema che la responsabilità amministrativa presenti, rispetto alle altre forme di responsabilità previste dall'ordinamento, una particolare connotazione derivante dalla accentuazione dei profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori».

Non a caso, secondo Cass., Sez. Un., n. 14230, «invero, la prima causa è finalizzata al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della singola Amministrazione attrice, mentre l'altra, invece, è volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria». Nello stesso senso, Cass., sez. III, 20/12/2018, n. 32929, secondo cui «L'azione del procuratore contabile ha, infatti, una funzione non già riparatoria e integralmente compensativa, ma essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria Cass., Sez. Un., 02 settembre 2013, n. 20075 e Cass., Sez. Un., 12/2012, n. 5756; Cass. 14/07/2015, n. 14632), e la sua disciplina, come affermato dalla Corte Costituzionale, si caratterizza per una combinazione di elementi restitutori e di deterrenza (Corte Cost. 20/09/1998, n. 371 e Corte Cost. 30/12/1998, n. 453)».

Ancora, Cass., Sez. Un., 02/09/2013, n. 20075, che nel tracciare le differenze tra l'azione di responsabilità dinanzi giudice contabile, da un lato, e l'esercizio delle azioni di responsabilità (sociale e dei creditori sociali) contemplate dal codice civile, dall'altro lato, afferma che «l'azione del procuratore contabile ha presupposti e caratteristiche completamente diverse dalle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali contemplate dal codice civile: basta dire che l'una è obbligatoria, le altre discrezionali; l'una ha finalità essenzialmente sanzionatoria (onde non implica necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito dal patrimonio danneggiato dalla *mala gestio* dell'amministratore o dall'omesso controllo del vigilante), le altre hanno scopo ripristinatorio; l'una richiede il dolo o la colpa grave, e solo in determinati casi è esercitabile anche contro gli eredi del soggetto responsabile del danno; per le altre è sufficiente anche la colpa lieve ed il debito risarcitorio è pienamente trasmissibile agli eredi» (nello stesso senso, Cass., Sez. Un., 19/12/2009, n. 26806, richiamata di recente da Cass. Pen., sez. VI, 11 luglio 2018, n. 49990).

Per ciò che qui rileva, la tendenza a riconoscere una rilevanza vieppiù crescente alle componenti sanzionatorie e dissuasive della responsabilità amministrativo-contabile potrebbe costituire un forte argomento per una qualificazione in termini “punitivi” o sostanzialmente “penali” del risarcimento del danno erariale, secondo la concezione “autonomistica” adottata dalla Corte di Strasburgo, con conseguente applicazione del c.d. *volet pénal* dell’art. 6 Cedu anche agli illeciti contabili.

È noto che, nell’unico caso sin qui affrontato in tema di responsabilità amministrativo-contabile, la Corte EDU ha negato la natura sostanzialmente “punitiva” del risarcimento del danno cui era tenuto un pubblico funzionario a seguito di condanna irrogata dalla Corte dei Conti. Tale precedente, tuttavia, non costituisce un ostacolo insormontabile, tenuto conto altresì dell’approccio casistico che caratterizza le decisioni della Corte EDU.

Il riferimento è al caso “Rigolio”, Corte EDU, sez. II, 13 maggio 2014, n. 20148/09, *Rigolio c. Italia*, in cui la Corte, dopo aver richiamato i noti criteri *Engel* (la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest’ultima, e la natura e il grado di severità della «sanzione»), ha evidenziato che l’azione esercitata dal Procuratore contabile nei confronti del Rigolio non mirava alla tutela di interessi generali (ciò che costituisce carattere proprio delle sanzioni “punitive”), ma, piuttosto, alla tutela dell’interesse all’immagine di una specifica amministrazione locale; inoltre, evidenziava che lo scopo della condanna non era special-preventivo, ma principalmente di riparazione pecuniaria ⁽¹³⁾.

(13) § 36: «*Quant à la nature de l’infraction, la Cour note que l’objet de la procédure en responsabilité in introduite contre le requérant était d’établir si la conduite de ce dernier, élu d’une commune, avait provoqué un préjudice à l’image de l’administration locale concernée. Elle en conclut que cette procédure ne visait donc pas la garantie des intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal, mais celle de l’intérêt spécifique d’une branche de l’administration à jouir d’une bonne réputation aux yeux des citoyens. De plus, elle relève que la somme que le requérant pouvait être condamné à payer n’avait pas pour but de le punir pour empêcher la récidive, mais de réparer un préjudice de nature financière, et qu’elle avait donc nature de dédommagement et non de “peine”*».

Le affermazioni della Corte EDU si prestano ad alcune riflessioni critiche.

Sulla natura e sulla funzione (non risarcitoria, come afferma la Corte di Strasburgo, bensì) prevalentemente sanzionatoria dell'azione esercitata dal Procuratore contabile si è già ampiamente detto. Quanto al profilo relativo alla tutela di interessi specifici e non generali, le affermazioni della Corte EDU trovano smentita nella giurisprudenza interna, costituzionale e di legittimità.

In primo luogo, la già citata giurisprudenza della Cassazione afferma che «Detto giudizio, improntato alle forme tipicamente accusatorie del processo penale, ha ad oggetto l'accertamento dell'inosservanza dei doveri inerenti al rapporto di servizio ed è tutela l'interesse pubblico generale al buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) e al corretto impiego delle risorse pubbliche; ossia quell'interesse direttamente riconducibile al rispetto dell'ordinamento giuridico nei suoi aspetti generali ed indifferenziati; non l'interesse particolare e concreto dello Stato in ciascuno dei settori in cui si articola o degli altri enti pubblici in relazione agli scopi specifici che ciascuno di essi persegue» ⁽¹⁴⁾.

Appare utile, inoltre, richiamare le sentenze 19 gennaio 2007, n. 1 e 9 settembre 1989, n. 104, in cui la Corte Costituzionale ha affermato che «[i]l Procuratore Generale della Corte dei conti, nella promozione dei giudizi, agisce nell'esercizio di una funzione obiettiva e neutrale. Egli rappresenta l'interesse generale al corretto esercizio, da parte dei pubblici dipendenti, delle funzioni amministrative e contabili, e cioè un interesse direttamente riconducibile al rispetto dell'ordinamento giuridico nei suoi aspetti generali ed indifferenziati; non l'interesse particolare e concreto dello Stato in ciascuno dei settori in cui si articola o degli altri enti pubblici in relazione agli scopi specifici che ciascuno di essi persegue, siano pure essi convergenti con il primo. Egli vigila per l'osservanza delle leggi, per la tutela cioè dello Stato e per la repressione dei danni erariali conseguenti ad illeciti amministrativi».

⁽¹⁴⁾ Cass., n. 14632/2015.

Quanto sostenuto nella vicenda *Rigolio* dalla Corte EDU in ordine alla funzione prettamente risarcitoria della responsabilità erariale e alla correlata finalità di tutelare interessi particolari della singola P.A., dunque, non sembra trovare piena corrispondenza nella giurisprudenza interna.

V'è poi un altro passaggio della sentenza *Rigolio* che pare meritevole di approfondimento critico.

Il riferimento è al § 37, nel quale la Corte EDU, al fine di avvalorare le proprie conclusioni sul carattere non “punitivo” dell'illecito contabile, richiama l'ultimo dei criteri *Engel* (la “severità e gravità della sanzione”) negando che, nella vicenda sottoposta al suo esame, la condanna (di ammontare poco superiore ai € 40.000) fosse particolarmente grave ⁽¹⁵⁾.

Ebbene, proprio le particolarità del caso specifico affrontato dalla Corte, nonché l'approccio casistico dalla stessa tradizionalmente adottato, non impediscono che, in altre ipotesi, caratterizzate da condanne di ben più significativa asprezza, si giunga a conclusioni differenti. D'altronde, diversi sono i casi in cui la Corte EDU è giunta ad affermare la natura “punitiva” di sanzioni dotate di un grado di severità di gran lunga inferiore rispetto a quella che oggi ci occupa. Su tutte, può citarsi la pronuncia della Corte EDU, sez. I, febbraio 2005, caso n. 61821/00, *Ziliberberg v. Moldova*, con cui si è riconosciuto carattere sostanzialmente “penale” ad una sanzione pecuniaria di € 3,17 ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ § 37: «*Quant à la nature et à la sévérité de la sanction «susceptible d'être infligée» au requérant (Ezeh et Connors c. Royaume-Uni [GC], nos 39665/98 et 40086/98, § 120, CEDH 2003-X), la Cour constate que la somme en question ne pouvait pas être remplacée par une peine privative de liberté en cas de non-paiement (voir, a contrario, Anghel c. Roumanie, n° 28183/03, § 52, 4 octobre 2007). Elle note de plus que son montant devait être proportionné au préjudice provoqué et qu'il a été finalement fixé à hauteur de 41 316,55 EUR (paragraphe 18 ci-dessus). La Cour estime que cette somme n'était pas de nature à entraîner pour l'intéressé des conséquences patrimoniales importantes au point de conférer une «coloration pénale» à la procédure en cause.*

⁽¹⁶⁾ § 34: «*the severity of the actual and potential penalty could in principle be considered as another argument in favour of the applicability of Article 6. In this respect it is to be noted that the applicant was fined MDL 36 (the equivalent of EUR 3.17 at the time), which constituted over 60% of his monthly income and that he faced a maximum penalty*

Quanto, poi, al diverso argomento — utilizzato dalla Corte nell'*arrêt Rigolio* — relativo all'impossibilità di sostituire la somma con una pena detentiva in caso di suo mancato pagamento, deve rilevarsi come tale aspetto non risulti in realtà decisivo al fine di escludere la natura sostanzialmente "penale" alla sanzione alla luce dei criteri *Engel*, come dimostrato, tra le altre, dalla pronuncia della Corte EDU, sez. I, 23 luglio 2002, caso n. 34619/97, *Janosevic, v. Svezia* ⁽¹⁷⁾.

Tutto ciò considerato, sembra possibile affermare che oggi sussistano le condizioni affinché la Corte di Strasburgo possa mutare atteggiamento e affermare la natura "punitiva" dell'illecito contabile, tenuto conto della funzione prevalentemente sanzionatoria della responsabilità erariale e della particolare gravità della condanna inflitta dalla Corte dei Conti.

Infine, l'ineliminabile componente risarcitoria della responsabilità amministrativo-contabile non costituisce tendenzialmente un ostacolo insuperabile alla qualificazione in termini "punitivi" della condanna inflitta dalla Corte dei Conti, dato il carattere alternativo e non cumulativo degli *Engel criteria*. Invero, come affermato anche nella nota sentenza Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014 nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, «[q]uesti criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6, § 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale». Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale».

of MDL 90 (the equivalent of EUR 7.94 at the time».

⁽¹⁷⁾ § 69: «Indeed, in the present case the surcharges imposed by the Tax Authority's decisions were very substantial, totalling SEK 161,261. It is true that surcharges cannot be converted into a prison sentence in the event of non-payment; however, this is not decisive for the classification of an offence as "criminal" under Article 6».

Secondo una regola già esplicitata nel caso *Engel* ed ormai indubbiamente radicata, una misura deve dirsi “penale” ove anche presenti un contenuto e delle finalità non punitive in senso stretto, ma, ad esempio, ripristinatorie e di cura in concreto dell’interesse pubblico. Ciò purché si caratterizzi — quale presupposto in sé sufficiente di riconduzione alla sfera del penale — per una significativa gravità di stampo penalistico.

Per converso, anche laddove si ritenesse non sufficientemente grave la condanna inflitta, ciò non varrebbe automaticamente ad escludere l’illecito del suo carattere intrinsecamente penale, laddove si riuscisse comunque a dimostrare la natura e la finalità “punitiva” della “sanzione” inflitta ⁽¹⁸⁾.

In conclusione, laddove si accertasse la natura sostanzialmente “penale” o “punitiva” della condanna irrogata dalla Corte dei Conti per danno erariale, ne deriverebbe la necessità di applicare l’art. 6 Cedu nel suo *volet pénal*, il quale, nello stabilire la presunzione di innocenza, impone che la colpevolezza “*sia legalmente accertata*”, con la conseguente inapplicabilità del criterio probatorio di stampo civilistico del “più probabile che non” al fine di accertare il nesso di causalità tra la condotta del pubblico funzionario e il danno subito dall’Amministrazione.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, 21 febbraio 1984, n. 8544/79, *Öztürk c. Germania*, § 54: «*the relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot divest an offence of its inherently criminal character*».

INTERVENTI

La natura dell'attività istruttoria del giudice amministrativo

di ADRIANA CIAFARDONI

SOMMARIO: 1. Il giudice amministrativo e la prova. — 2. La natura dell'attività istruttoria del giudice amministrativo. — 3. Disponibilità della prova e asimmetria tra le parti. — 4. (*segue*). Il ruolo del giudice quale garante della parità sostanziale tra le parti. — 5. Tra potere e dovere istruttorio del giudice: il “nastro di Möbius” del processo amministrativo.

1. Il giudice amministrativo e la prova.

Il processo amministrativo, non diversamente da quello civile, è un processo di parti: sono le parti a formulare le domande, chiedendo al giudice i relativi provvedimenti ⁽¹⁾. Tuttavia, almeno per il diritto amministrativo ⁽²⁾, la centralità della figura del

⁽¹⁾ Per tutti, cfr. L. GIANI, *La fase istruttoria*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, IX ed., Torino, 2023, 418-419.

⁽²⁾ In questo senso è orientato anche il processo civile con riguardo al rito del lavoro. L'art. 421, secondo comma, c.p.c. prevede, infatti, che il giudice può «disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile». Sulla questione, cfr. A.M. SOCCI, *Le sezioni unite sulla produzione dei documenti (in appello e in primo grado) e sui poteri istruttori d'ufficio del giudice nel rito ordinario e del lavoro, tra stop and go*, in *Giur. it.*, 2005, 1464, cui si rinvia anche per le relative indicazioni giurisprudenziali. Si veda, altresì, A. PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, 131 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass., 17 giugno 2005, n. 11353, ove si legge che «è caratteristica precipua del detto rito speciale il contemperamento del principio dispositivo con la esigenze della ricerca della verità materiale di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi e fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale

giudice, anche rispetto alla prova, è questione nota ⁽³⁾. In un sistema di fatto dominato dal principio dispositivo ⁽⁴⁾, quale eredità del paradigma liberale del processo tra parti, la centralità dell'iniziativa istruttoria del giudice ⁽⁵⁾ ha progressivamente trovato una propria legittimazione, anche costituzionale, in ragione dell'esigenza di garantire l'effettività della tutela e la realizzazione del giusto processo. N'è dipeso un ruolo del giudice non quale spettatore neutrale, ma come garante dell'effettività del contraddittorio e, in tal modo, della giustizia della decisione del caso concreto,

materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti».

⁽³⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Il Foro it.*, 1967, 2, 9 ss. In generale, sui poteri istruttori del giudice amministrativo, cfr. F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, III, 104 ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 72 ss.; *Id.*, (voce) *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 204 ss.; G. DE LISE, *La prova nelle procedure delle giurisdizioni amministrative*, in *Cons. Stato*, 1974, II, 954 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss.; G. ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985, 679 ss.; E. PICOZZA, (voce) *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 492 ss.; L. ACQUARONE, *Il sistema probatorio*, in AA.VV., *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 19-21 settembre 1985), Milano, 1988, 147 ss.; *Id.*, *Riflessioni e proposte in tema di riforma del sistema probatorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 155 ss.; R. LASCHENA, *Profili costituzionali dell'istruzione nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi per il centenario della IV Sezione*, Roma, 1989, 769 ss.; *Id.*, *L'istruzione nel processo amministrativo: profili generali*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1809 ss.; L. MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990; C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 143; *Id.*, *I poteri istruttori del giudice amministrativo*, in *Ius publicum*, maggio 2017; *Id.*, (voce) *Istruttoria processuale* (dir. amm.), AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 3297 ss.; L. BAGAROTTO, *Posizioni giuridiche soggettive e mezzi di prova nei giudizi amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 293 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 185 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 26 ss.

⁽⁵⁾ L. MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo*, cit., definisce l'istruzione probatoria come «l'attività svolta dalle parti e dal giudice per la conoscenza dei fatti, finalizzata a rendere possibile una pronuncia definitiva sulla base della conoscenza della realtà su cui si fondano le affermazioni delle parti».

in una tensione tra terzietà e garanzia della ricerca della verità⁽⁶⁾. Si innesta così «il problema della individuazione di un giusto bilanciamento tra poteri (dispositivi) della parte e poteri (acquisitivi) del giudice»⁽⁷⁾. Già da tempo dottrina e giurisprudenza hanno opportunamente precisato, da un lato, che la delimitazione del *thema decidendum* è governata dal principio della domanda⁽⁸⁾, sicché l'allegazione dei fatti (anche secondari) è riservata alle parti⁽⁹⁾; dall'altro, che l'onere dell'allegazione non è affatto incompatibile con l'attribuzione al giudice di poteri istruttori, anche

(6) Al giudice, in particolare, spetta «il potere di disporre l'ammissione delle prove richieste dalle parti», quello di «valutare le prove acquisite ai fini del giudizio», nonché «il potere di disporre il completamento dell'istruttoria»: così, L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 419. Invero, la centralità istruttoria del giudice è sembrata «contrastare [...] con i principi dello Stato liberale, il quale comporta che il giudice non si faccia parte»: in questi termini, A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 23. Tuttavia, il giudice, seppur non indifferente all'effettività del contraddittorio, resta terzo, limitandosi ad assicurare le condizioni necessarie a che la decisione sia giusta. Sottolinea F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 205: «sono dunque le parti e non il giudice che possono compiere l'introduzione nel processo dei fatti della realtà esterna occorrenti per mettere il giudice in grado di verificare la esattezza delle loro affermazioni, siano essi i fatti (principali) che formano oggetto della prova che si vuol dare, siano essi quegli altri fatti (secondari) destinati a fornire, per via di indizio, la prova dei fatti principali. Resta, pertanto, escluso che l'introduzione dei fatti nel processo possa avvenire ad opera del giudice, come è nel sistema inquisitorio». Cfr., altresì, L. R. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2008, 934; M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, in M.P. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, II, 2024, 317.

(7) L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 425.

(8) Cfr. M. NIGRO, *Domanda (principio della): II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, I. Di recente, Tar Lazio, Roma, Sez. II, 3 luglio 2023, n. 11161, ove si legge che, nel caso di esercizio dei poteri di cui agli artt. 63 e 64 c.p.a., «il giudice incontra il generale limite di non potere sovvertire o ampliare il *thema decidendum* o sopperire all'inerzia delle parti, essendo in rapporto di "strumentalità in senso stretto" con l'oggetto del giudizio a quo».

(9) R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 209 ss. Per M.G. DELLA SCALA, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della "indispensabilità"*, in *Il processo*, 2021, 3, 524, «quanto al *thema probandum*, il principio dispositivo, risolto in primis nell'indicazione dei fatti principali fondanti la pretesa, non si estende alla produzione della prova, trovandosi tradizionalmente tradotto in onere di un principio di prova connesso all'operare del principio acquisitivo». Nello stesso senso anche, C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 4391; L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 424.

perché, più in generale, «la disponibilità delle prove appartiene alla dimensione epistemica del procedimento, ossia alla tecnica del processo, e non al principio dispositivo in senso proprio» ⁽¹⁰⁾.

La partecipazione attiva del giudice durante la fase istruttoria si giustifica, almeno sul piano teorico, in considerazione dell'asimmetria che caratterizza le parti del processo amministrativo. La prova è in prevalenza nella disponibilità dell'amministrazione: sono i documenti formati all'esito dell'istruttoria procedimentale a essere la base probatoria principale ⁽¹¹⁾. Proprio per questo il processo amministrativo è aperto a logiche riconducibili al metodo acquisitivo che permettono al giudice di non essere vincolato alla prova offerta dalle parti, potendo intervenire per accertare fatti rilevanti ai fini della decisione. Tale soluzione è stata confermata dal codice del processo amministrativo che, tuttavia, non è rimasto esente da critiche. Anzi, «per quanto concerne lo svolgimento del giudizio, la situazione meno soddisfacente è [proprio] quella che attiene all'istruttoria» ⁽¹²⁾. In particolare, il codice è subito apparso il frutto di una volontà legislativa impron-

⁽¹⁰⁾ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, 175.

⁽¹¹⁾ M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, cit., 315.

⁽¹²⁾ In questi termini, C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, cit., 365. Per G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 587, la disciplina dell'istruttoria dettata dal d.lgs. n. 104 del 2010 in molti aspetti è subito apparsa «tutt'altr[o] che linear[e]». Parla di disposizioni «non sempre chiare», A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Milano, 2024, 275. In generale, sull'impatto delle modifiche avutesi con l'introduzione del codice del processo amministrativo, cfr. A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 600-601; F.G. SCOCA, *Artt. 63 e 64*, in AA.VV., *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA - V. LOPILATO, Milano, 2010, 535 ss.; F. SAIITA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Giustamm.it*, 30 luglio 2022. Tra l'altro, l'istruzione probatoria, anche a seguito dell'emanazione del codice del processo amministrativo, non ha mai assunto le caratteristiche di una vera e propria fase processuale autonoma, compiutamente disciplinata e dotata di un giudice istruttore. Peraltro, l'assenza di un'udienza istruttoria pone le parti nell'incertezza, poiché soltanto nell'udienza di discussione del merito hanno conoscenza circa l'esito delle istanze istruttori: così L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 429. Sull'assenza di un giudice istruttore nel processo amministrativo, cfr. C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2020, 2, 356; M.A. SANDULLI, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. e società*, 2020, 2, 201.

tata a una certa prudenza: se, da una parte, ha voluto conformarsi, seppur timidamente, al sistema basato sul principio dispositivo con metodo acquisitivo ⁽¹³⁾, dall'altra, ha omesso di chiarire i confini di tale intervento. Infatti, «sulla disponibilità e sull'onere della prova “il codice pasticcia un po'”». Si è, così, realizzato un articolato normativo a maglie larghe ⁽¹⁴⁾ che lascia libertà al ruolo creativo del giudice amministrativo anche nell'individuazione delle regole processuali ⁽¹⁵⁾, dovendo, questo, mediare tra «la necessità di compensare eventuali disparità tra le parti nell'accesso ai documenti probatori» e «la posizione di terzietà propria del suo ruolo giurisdizionale» ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, in *Dir. e proc. amm.*, 2024, 4, 861 ss. F.G. SCOCA, *Artt. 63 e 64*, cit., 539; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2025, 231 ss.; L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 418 ss.; F. FIGORILLI, *Art. 63*, in AA.Vv., *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di G. FALCON - F. CORTESE - B. MARCHETTI, Padova, 2021, 608, ss.

⁽¹⁴⁾ F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit.

⁽¹⁵⁾ M.G. DELLA SCALA, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della “indispensabilità”*, cit., 525. Sul ruolo creativo della giurisprudenza, cfr. C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 8-9; A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 691 ss.; F. FOLLIERI, *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, 265 ss. L'attività creativa del giudice amministrativo sembra trovare ancora più spazio dai varchi lasciati a partire dal 2010: in questo senso, si v. R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 655.

⁽¹⁶⁾ P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in AA.Vv., *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. CARANTA, Bologna, 2011, 536-538, secondo la quale resta «compito della giurisprudenza, ancora una volta, scegliere l'una o l'altra direzione, rafforzando i poteri integrativo-acquisitivi del giudice [...] tutt'altro che recessivi nella disciplina dei mezzi di prova oppure interpretando in senso più civilistico il principio dell'onere della prova enunciato, forse solo enfaticamente, nel comma 1 dell'art. 64». Per A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in AA.Vv., *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, I, 461, «la redistribuzione delle attività processuali tra il giudice e le parti rappresenta, da sempre, uno dei capitoli più delicati, controversi e difficili della disciplina del processo, e queste complessità e multipolarità risultano ancora più evidenti se ci si riferisce ad un giudizio, quale quello che si svolge davanti al giudice amministrativo, tuttora contrassegnato, malgrado la recentissima codificazione, da numerose e non del tutto risolte ambiguità di fondo».

Tuttavia, la «determinazione del ruolo, più o meno attivo, che sia giusto riconoscere al giudice nella ricerca della verità dovrebbe essere frutto di ben precise scelte di politica legislativa e non essere affidata al singolo giudicante» (17).

2. La natura dell'attività istruttoria del giudice amministrativo.

Fermo restando l'onere di prova in capo alle parti, il codice del processo amministrativo stabilisce la possibilità per il giudice di chiedere alle prime, chiarimenti e documenti (art. 63, comma 1, c.p.a.), nonché di ordinare, anche a terzi, l'esibizione di documenti o di quant'altro ritenga necessario, secondo il disposto degli articoli 210 ss. c.p.c. (art. 63, comma 2, c.p.a.). Ancora, è previsto che il giudice possa disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini della decisione che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione (art. 64, comma 3, c.p.a.); infine, ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'art. 46, il presidente, un magistrato da lui delegato o il collegio, anche su istanza di parte, ordina l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni (art. 65, comma 3, c.p.a.).

Il quadro normativo che ne viene fuori merita alcune osservazioni (18).

L'onere di prova è limitato a quanto nella «disponibilità» delle parti (art. 64, comma 1). Ne risulta, quindi, un onere di allegazione alleggerito, affiancato dal potere del giudice di acquisire le informazioni e i documenti che siano nella disponibilità dell'amministrazione (art. 64, comma 3) e non del ricorrente. Per questo,

(17) F. SAITTA, *Interprete senza spartito?*, Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo, Napoli, 2022, 266-267, sottolinea «la necessità, in uno Stato basato sul principio di legalità, di predeterminare in via normativa la ripartizione degli oneri probatori»; Id., *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1 ss., spec. 43-45. Nella dottrina civilistica, cfr. G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 627.

(18) Cfr. G. VELTRI, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in *Giustizia amministrativa*, 2013.

la previsione in oggetto non coincide con quanto statuito dall'art. 2697 c.c. per il processo civile (19).

Allo stesso tempo, dal tenore letterale delle norme, sembra che l'intervento del giudice sia strutturato in termini di possibilità («può chiedere...», «può ordinare...», «può disporre...»), evidenziando il carattere discrezionale del potere attribuito. L'unica eccezione è data dal comma 3 dell'art. 65 c.p.a. che configura come vincolante («ordina...») il potere del giudice di chiedere all'amministrazione «l'esibizione del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'articolo 46», qualora non siano stati depositati (20). Dunque, fatta salva tale ultima circostanza, non si avrebbe un obbligo, ma uno strumento nella disponibilità del giudice che questi può utilizzare nell'ambito della propria autonomia e responsabilità decisoria. Così facendo, sembrerebbe che la verità processuale sia subordinata a scelte discrezionali non sindacabili, poiché l'istruttoria del giudice risulta possibile e non doverosa.

Tuttavia, è il caso di osservare che la discrezionalità non va intesa in termini di arbitrarietà: essa è, comunque, funzionale alla ricerca della verità e deve essere letta alla luce degli artt. 111 della Costituzione, 2 c.p.a., nonché dell'art. 6 della CEDU. In quest'ottica, il giudice è chiamato a valutare, caso per caso, se sia opportuno attivare i poteri istruttori attribuiti dall'ordinamento, nel rispetto del principio dispositivo e dell'onere probatorio in capo alle parti. E, qualora tale attività (su cui, appunto, vi è un margine di valutazione) risulti positiva, questi è tenuto a ordinare, a chiedere o a disporre l'acquisizione della prova. Sarà, quindi, necessario accertare l'adempimento all'onere del principio di prova in capo al ricorrente, tenuto conto di chi ne avesse effettivamente la disponibilità. Nel caso in cui la valutazione sia positiva, l'in-

(19) F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit.

(20) In questi termini, L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 429, dove si sottolinea che, salvo la disposizione di cui all'art. 65, comma 3, c.p.a., «quanto ai confini entro cui il giudice può esplicitare il potere acquisitivo, va rilevato in primo luogo che, all'interno del Codice, nulla è detto in generale sulla tipologia, né sulla doverosità dello stesso».

tervento non è più rimesso all'opportunità, ma è dovuto ⁽²¹⁾: l'inerzia, in presenza dei presupposti indicati dalla legge, integra la violazione del diritto di difesa ⁽²²⁾. In questo modo, potere e dovere non si pongono come due momenti separati, ma come estremi di un unico rapporto: l'esercizio del potere, quando ricorrono i presupposti, si trasforma in dovere.

Dunque, l'argomento letterale non sembra essere decisivo: al ricorrere dei presupposti richiesti dal legislatore (adempimento del principio di prova, alla luce di chi avesse la disponibilità della stessa), la possibilità si converte in dovere. Diversamente si andrebbe a negare il diritto alla prova e la parità sostanziale delle parti.

In questo contesto il processo amministrativo manifesta la capacità di coniugare la centralità dell'istruttoria condotta dalle parti, con l'esigenza di ricerca della verità, attribuendo al giudice una funzione attiva nella formazione della decisione. La prova, così, si muove in un terreno condiviso tra le parti e il giudice, al fine di perseguire non solo la legalità formale del processo, ma anche la verità sostanziale dei fatti ⁽²³⁾. Infatti, il valore sociale legato alla necessità, alla base del processo amministrativo, di valutare la legittimità di una decisione pubblica comporta che la

⁽²¹⁾ In giurisprudenza si parla anche di "potere-dovere istruttorio del giudice". In Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2023, n. 382, si legge che «il provvedimento impugnato e gli atti del procedimento amministrativo relativo sono per definizione indispensabili al giudizio e la mancata produzione da parte dell'Amministrazione non comporta decadenza, sussistendo il potere-dovere del giudice di acquisirli d'ufficio». Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. II, 17 giugno 2022, n. 4982; Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2820; Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2738.

⁽²²⁾ Cfr. C. SILVANO, *Il principio dispositivo con metodo acquisitivo alla luce del principio di trasparenza e del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: un'analisi critica*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 2, 386 e F. SAITTA, *Interprete senza spartito?*, cit., 269.

⁽²³⁾ Si legge in Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2023, n. 5786, che «fermo restando l'onere della prova a carico delle parti, il giudice può chiedere alle stesse anche d'ufficio chiarimenti o documenti. Tale strumento di acquisizione, nel suo concreto atteggiarsi, non determina alcuna violazione delle prerogative processuali delle parti, ovvero una compressione del principio della "parità delle armi" poiché è conforme al principio dispositivo temperato con metodo acquisitivo che connota il processo amministrativo». Nello stesso senso anche, Cons. Stato, Sez. II, 17 febbraio 2023, n. 1688; Cons. Stato, Sez. IV, 4 gennaio 2018, n. 36.

determinazione della realtà processuale non possa essere demandata esclusivamente alle parti, giustificandosi, così, l'attribuzione al giudice del potere di ricercare fatti su cui fondare la propria decisione.

Del resto, il codice non individua un punto di equilibrio prestabilito tra attività delle parti e poteri istruttori del giudice ⁽²⁴⁾ e, più che definire l'onere probatorio in capo alle prime, indica i confini dell'intervento del secondo, che, in questo modo, assume un carattere residuale, venendo meno quando il ricorrente è nelle condizioni di assolvere autonomamente all'onere della prova ⁽²⁵⁾. Infatti, è «lo stesso principio di disponibilità della prova a rappresentare un vincolo per il giudice in ordine all'accertamento del fatto, non potendo sostituirsi alle parti in relazione alla stessa scelta degli atti da sottoporre al giudicante» ⁽²⁶⁾.

Non diversamente, qualora risulti che l'onere per il ricorrente sia reso particolarmente gravoso, si manifesta lo spazio per l'intervento del giudice, finalizzato a riequilibrare il rapporto, che, per questo, non solo può, ma deve attivarsi per garantire che l'esito del giudizio non sia condizionato da una diseguale distribuzione delle conoscenze e delle fonti probatorie.

Dunque, l'intervento del giudice può intendersi doveroso ogniquale volta ci sia asimmetria tra le parti e siano accertati due presupposti: (i) l'amministrazione abbia esclusiva o prevalente disponibilità della prova; (ii) il ricorrente, che non ha disponibilità di atti e documenti, assolva al principio di prova.

3. Disponibilità della prova e asimmetria tra le parti.

È chiaro che imporre gli stessi obblighi a soggetti non posti sullo stesso piano avrebbe finito per facilitare solo la parte che ha disponibilità della prova, finendo per negare la possibilità di

⁽²⁴⁾ Difficilmente tale bilanciamento può trovare esplicitazione in una norma, sulla questione cfr. P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, cit., 537-538.

⁽²⁵⁾ P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 110.

⁽²⁶⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 429.

tutela, in contrasto con la previsione di cui all'art. 2 c.p.a. che, nel sancire il principio della parità delle parti, postula un'uguaglianza effettiva e non solo formale. Si sviluppa, così, una relazione peculiare tra onere e disponibilità, in forza della quale non vi è un rigido criterio di riparto basato su una predeterminata bipartizione tra attore e convenuto, ma una regola flessibile, che sembra richiamare l'idea di vicinanza della prova elaborata dalla Corte di cassazione⁽²⁷⁾. Invero, il concetto di disponibilità pare essere ancora più stringente rispetto a quello di vicinanza: non si limita, infatti, a un solo giudizio di preferenza tra le parti, imponendo l'onere sul soggetto più vicino, ma circoscrive tale obbligo solo a quanto effettivamente la parte sia in grado di provare. Detto altrimenti, il concetto di disponibilità implica un ulteriore accertamento sull'accessibilità alla prova che tenga conto del caso concreto.

Il concetto di disponibilità è, pertanto, strettamente connesso alla sussistenza (o meno) di un'asimmetria tra la parte pubblica e quella privata che andrebbe a giustificare, di fatto, la presenza di poteri ufficiosi del giudice. In linea teorica, nessuna norma prevede espressamente che la parte pubblica sia giuridicamente o istituzionalmente in una situazione di predominanza, perché «l'uguaglianza delle parti è costitutiva dell'idea stessa di giudice»⁽²⁸⁾. Eppure, il dovere di attivare i poteri istruttori è, ancora oggi, ricondotto dalla giurisprudenza alla necessità di riequilibrare strutturali

(27) F. SAIITA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit., osserva che «il principio di “vicinanza alla prova” (ma la Corte di cassazione parla indifferentemente di “riferibilità” ovvero, al pari dell'art. 64 c.p.a., di “disponibilità” dei mezzi di prova) [è una] regola di recente elaborazione giurisprudenziale in virtù della quale l'onere probatorio viene posto a carico della parte che, per la sua posizione, si trova più vicina alla fonte di prova, così da evitare l'iniquità che conseguirebbe al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del soggetto che vi era tenuto nei casi in cui la fonte di prova non sia nella disponibilità di quest'ultimo, bensì della controparte che ha interesse a paralizzarne la pretesa».

(28) P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva “temperata”*, cit., 85, e ivi i richiami a F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, apparso sulla rivista *Jus*, 1997, 318 ss.

asimmetrie ⁽²⁹⁾. Il processo, in particolare, è stato concepito come naturale prosecuzione del procedimento ⁽³⁰⁾, quale luogo per rivalutare la legittimità della decisione ⁽³¹⁾. Se il procedimento, infatti, costituisce lo spazio dell'esercizio del potere, il processo è quello della sua naturale verifica. Ne discende che i due momenti non sono del tutto scindibili tra loro: la conoscenza acquisita in sede procedimentale e l'accesso a documenti e fonti rilevano in modo decisivo anche in sede giudiziale, condizionando la possibilità per il ricorrente di strutturare la propria difesa ⁽³²⁾.

Del resto, l'uguaglianza sostanziale delle parti nel processo è condizione imprescindibile ⁽³³⁾ che non può essere lesa dal riflesso della sovraordinazione sul piano sostanziale della pubblica amministrazione: «l'autorità non entra e non può entrare nel giudizio» ⁽³⁴⁾. Le possibili disuguaglianze, se ancora vi sono, devono restare relegate al piano sostanziale, non potendo riflettersi sulla giustizia della decisione ⁽³⁵⁾. Pertanto, il giudice am-

⁽²⁹⁾ Cfr. C. SILVANO, *Il principio dispositivo con metodo acquisitivo alla luce del principio di trasparenza e del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: un'analisi critica*, cit., 382. Cons. Stato, Sez. II, 22 agosto 2024, n. 7216, sottolinea che i «poteri d'ufficio del giudice trovano una giustificazione sostanziale nell'esigenza di ricostruire nel processo un equilibrio fra le posizioni delle parti, giacché generalmente soltanto l'amministrazione dispone della prova dei fatti rilevanti, perché li ha acquisiti nel corso del procedimento amministrativo, realizzando in tal modo un'eguaglianza sostanziale tra le parti, in coerenza con il principio costituzionale della parità delle parti sancito dall'art. 111 della Costituzione».

⁽³⁰⁾ G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *Giustamm. it.*, 2002, 11. Più di recente M.G. DELLA SCALA, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della "indispensabilità"*, cit., 522-523.

⁽³¹⁾ In questo senso, cfr. S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in AA.VV., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. ORLANDO, III, Milano, 1901, 615 ss.

⁽³²⁾ V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, cit., 845, sostiene la natura prettamente impugnatoria del processo amministrativo, «che presuppone un atto proveniente da una pubblica amministrazione al termine di un procedimento amministrativo che si erge a fonte privilegiata per l'accesso ai fatti da parte del giudice».

⁽³³⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 427.

⁽³⁴⁾ Così F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., 319.

⁽³⁵⁾ G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus online*, 2020, 3, 18.

ministrativo, nato come giudice nell'amministrazione e diventato giudice dell'amministrazione ⁽³⁶⁾, non può non tener conto del particolare rapporto tra la parte pubblica e quella privata. Non si può guardare al fatto prescindendo dal procedimento, proprio in ragione della continuità tra l'uno e l'altro, nel senso che l'interesse pubblico, riferito al caso concreto ⁽³⁷⁾, si forma nel primo e viene giudicato nel secondo ⁽³⁸⁾. Per questo spesso l'istruttoria processuale appare come un'istruttoria sull'istruttoria procedimentale.

Invero, storicamente il processo amministrativo ha dovuto liberarsi dalla soggezione all'amministrazione e assumere la fisionomia di vero e proprio giudizio, differenziando le proprie regole da quelle del procedimento ⁽³⁹⁾. La l. 7 agosto 1990, n. 241 ha riconosciuto in via legislativa la partecipazione al procedimento amministrativo, dettando una serie di regole che contengono pretese del privato e doveri dell'amministrazione ⁽⁴⁰⁾. La valo-

⁽³⁶⁾ Cfr. A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 585 ss.

⁽³⁷⁾ I. PAGANI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 2, 277-278.

⁽³⁸⁾ «Nel diritto amministrativo, i fatti non possono essere intesi nella dimensione statica di accadimento storico, ma si pongono in stretto rapporto con l'interesse pubblico concreto», in questi termini, I. PAGANI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, cit., 278. Cfr., altresì, F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss., spec. 1070.

⁽³⁹⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 23. Secondo F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126, nel *genus* procedimento rientrano sia il processo che il procedimento, il primo forma della funzione giurisdizionale e, il secondo, forma della funzione amministrativa.

⁽⁴⁰⁾ L'idea del procedimento come luogo di svolgimento di una relazione è consolidata nella letteratura successiva all'emanazione della l. n. 241 del 1990. *Ex multis*: F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, Milano, 2000; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, 2000, III, 27 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione e partecipazione*, in AA.VV., *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione. Atti del Convegno*. Bergamo, 15 novembre 2002, a cura di M. ANDREIS, Milano, 2004, 181 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.

rizzazione del rapporto procedimentale ha permesso di ridurre gli squilibri tra le parti, anche sul piano processuale. Inoltre, la richiamata normativa permette al cittadino di prendere visione di atti e documenti nella disponibilità dell'amministrazione, il che avrebbe dovuto ridurre la necessità di intervento del giudice per supplire alle difficoltà del ricorrente nell'acquisire le prove. Infatti, il modificato rapporto tra privato e amministrazione, così come la maggiore trasparenza dell'istruttoria procedimentale, consentono un migliore accesso ai documenti e alle informazioni del procedimento. Tuttavia, la breve durata del termine per ricorrere, peraltro non sospeso dalla proposizione dell'istanza di accesso, comporta che spesso il ricorrente si trovi nella condizione di dover agire senza avere la disponibilità di tutti gli atti necessari ⁽⁴¹⁾. La brevità dei termini e la natura cartolare del rito comportano, in concreto, che il giudice sia ancora chiamato a intervenire per supplire alle lacune documentali in capo al ricorrente, evitando che la decisione rifletta le asimmetrie strutturali tra le parti. Dunque, l'accertamento giudiziale sulla disponibilità della prova richiede di verificare: (i) che il ricorrente abbia accesso alla documentazione necessaria; (ii) che tale accesso sia praticabile compatibilmente con i tempi del rito ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 62. Tale circostanza era già riconosciuta da G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991, 260, che però sosteneva che «la previsione nella recente legge 7 agosto 1990, n. 241, di un organico sistema di pubblicità degli atti amministrativi e l'attribuzione al ricorrente di reali poteri d'accesso, dovrebbe far venir meno in gran parte la necessità di prevedere un metodo acquisitivo nel processo amministrativo e dovrebbe trasformare l'onere di fornire un principio di prova per gli atti in possesso della P.A. in un onere pieno della prova».

⁽⁴²⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 439, segnala come, qualora l'esito di tale accertamento sia negativo, la valutazione condotta non venga manifestata espressamente, il che costituisce sicuramente un pregiudizio per il ricorrente che non viene messo nelle condizioni di sapere le ragioni della decisione, in evidente contrasto con il principio di collaborazione previsto dall'art. 2, comma 2, c.p.a. Nello stesso senso anche F.G. SCOCA, *Artt. 63 e 64*, cit., 539.

4. (*Segue*). Il ruolo del giudice quale garante della parità sostanziale tra le parti.

Si sviluppa, così, un processo amministrativo quale spazio per ricomporre gli squilibri tra le parti ⁽⁴³⁾. Ed è sicuramente un intento meritorio quello del giudice amministrativo di ristabilire, nel processo e attraverso il processo, quell'equilibrio che non esiste sul terreno sostanziale ⁽⁴⁴⁾. Ne emerge una continuità tra il piano sostanziale e quello processuale, poiché la carenza documentale del ricorrente è riequilibrata da un alleggerimento degli oneri sul piano processuale ⁽⁴⁵⁾.

Qualora il ricorrente non abbia disponibilità di quanto necessario, è sufficiente, per lo stesso, assolvere a un principio di prova, nel senso che potrà limitarsi a prospettare al giudice una ricostruzione attendibile dei fatti sotto il profilo giuridico e fattuale ⁽⁴⁶⁾.

Al contrario, sull'amministrazione non graverà solamente il compito di semplice resistente, ma di soggetto titolare di obblighi collaborativi specifici, la cui condotta incide non solo sull'onere della prova, ma anche sull'equità del processo. L'amministrazione finisce, così, per racchiudere in sé una doppia veste: quella di parte, al pari del privato, e quella «di soggetto esterno al processo

⁽⁴³⁾ G. DE GIORGI, *Poteri d'ufficio del Giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Annuario AIPDA 2012, Napoli, 2013, 20, ritiene che «ruolo attivo del giudice e centralità del contraddittorio vanno dunque nella stessa direzione e rispondono a un'esigenza logico-pratica del processo che utilizza la dialettica processuale come metodologia della rilevanza e teoria della confutazione secondo il punto di vista di un giudice imparziale».

⁽⁴⁴⁾ L.R. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, cit., 936; ID., *Sul problema dell'ingresso dei fatti nel processo. Il processo come retto dal solo principio dispositivo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, a cura di G. LEONE, Napoli, 2019, III, 1175 ss.; R. DAGOSTINO, *Principi e regole dell'istruttoria in appello e intellegibilità della decisione giudiziaria. A proposito di una sentenza "oscurata"*. Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021 n. 5560, in *Giustizia Insieme*, 2021, 11.

⁽⁴⁵⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 28, che considerava espressione di ciò già l'art. 21, comma 1, della legge TAR.

⁽⁴⁶⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., 426 ss.; C. SILVANO, *Il principio dispositivo con metodo acquisitivo alla luce del principio di trasparenza e del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione: un'analisi critica*, cit., 381-382.

e titolare di sue specifiche competenze esercitabili esclusivamente per il raggiungimento del pubblico interesse»⁽⁴⁷⁾.

In questa tensione, si inserisce la figura del giudice amministrativo quale arbitro non neutrale, ma imparziale: un soggetto terzo, ma non indifferente alle logiche di potere tra le parti; garante del contraddittorio, ma non estraneo all'accertamento della verità. Sul giudice grava il compito di fare in modo che la verità processuale non sia solo il risultato della forza probatoria dell'amministrazione, ma che si abbia un accertamento autentico, rispettoso del diritto di difesa del ricorrente e della parità sostanziale delle parti⁽⁴⁸⁾. Da questo consegue che sul giudice grava il compito di riequilibrare le asimmetrie⁽⁴⁹⁾; ovviamente, l'attività d'ufficio non sostituisce quella delle parti, ma la integra, nei limiti in cui ciò sia funzionale a realizzare una tutela effettiva degli interessi coinvolti. Infatti, i poteri ufficiosi non incidono direttamente sull'onere della prova: se un fatto resta non provato anche all'esito dell'esercizio di tali poteri, soccomberà la parte su cui grava l'onere di prova⁽⁵⁰⁾. Quando il giudice interviene per integrare la prova non sta sovvertendo le logiche processuali, ma sta tutelando il fondamento del processo come sede in cui realizzare la giustizia del caso concreto. Così facendo, la discrezionalità istruttoria del giudice amministrativo non è sinonimo di arbitrarietà, ma indica una responsabilità istituzionale da esercitare entro i pa-

⁽⁴⁷⁾ C.E. GALLO, *Giudizio amministrativo*, in *Digesto, Disc. Pubbl.*, VII, 1991, 243.

⁽⁴⁸⁾ F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, cit., 164.

⁽⁴⁹⁾ Come riconosciuto da F.G. SCOCA, *Il primo correttivo al codice del processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2012, 3, 305.

⁽⁵⁰⁾ «Non può essere accolta una censura che non sia supportata da adeguato principio di prova; né in tal caso alle carenze probatorie può supplirsi con i poteri giudiziali istruttori, specie allorché, a sostegno del denunciato vizio di legittimità, vengano posti non dati più o meno circostanziati, ma notizie di stampa e, quindi, elementi di conoscenza scarni se non dubitativi. Infatti, a fronte di un siffatto quadro di circostanze, non si può pretendere dal giudicante l'attivazione di incombenti istruttori ritenuti dallo stesso non necessari per ovviare alle deficienze della formulata denuncia»: così Cons. Stato, Sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4171. Più di recente, nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. III, 3 aprile 2025, n. 2848.

rametri della proporzionalità e della correttezza ⁽⁵¹⁾: essa diventa doverosa quando, senza tale intervento istruttorio, verrebbe meno l'accertamento di fatti rilevanti per la decisione. Ne discende che il potere di valutazione dei presupposti e il dovere di intervento al fine di ristabilire l'equilibrio tra le parti si pongono su un medesimo asse: la valutazione sull'opportunità di agire, se ha esito positivo, sfocia in un dovere giuridico di farlo. In tale rapporto si colloca la specificità istruttoria del processo amministrativo, in cui la scelta di attivare poteri istruttori non è un gesto eventuale, ma atto che si inserisce in una trama di garanzie, in cui si intrecciano la necessità di una corretta ricostruzione dei fatti e l'interesse alla tutela del ricorrente.

Per tali motivi, il giudice non rinuncia alla sua imparzialità ⁽⁵²⁾, ma la esercita in un modo diverso e più significativo, bilanciando l'intervento in ragione dell'effettiva forza probatoria delle parti, senza deformare il procedimento o deresponsabilizzare il cittadino. Il che rappresenta una rilevante applicazione del principio del giusto processo ⁽⁵³⁾, alla luce di una lettura congiunta degli artt. 111 Cost., 6 CEDU e 2 c.p.a. ⁽⁵⁴⁾.

Quanto detto, peraltro, solleva qualche perplessità circa la presenza in giurisprudenza di una regola sull'onere della prova, stabilita *a priori*, che non tenga conto del caso concreto e dell'effettiva disponibilità, ma che si basi sul tipo di azione o di giurisdizio-

⁽⁵¹⁾ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 179, secondo cui «giusto processo significa anche un processo proporzionato ed adeguato».

⁽⁵²⁾ Sulla compatibilità dei poteri officiosi del giudice con il principio di imparzialità del giudice: Cfr. F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, 281 ss.; ID., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit., 93 ss.; ID., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 3, 911 ss.

⁽⁵³⁾ Non a caso, «il giusto processo è stato costruito, soprattutto nell'esperienza costituzionale degli stati continentali, come un diritto della parte all'ingresso nel processo». In questi termini, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 174.

⁽⁵⁴⁾ P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, cit., 88.

ne. Infatti, in talune circostanze trova applicazione integrale l'art. 2697 c.c., sul presupposto che gli elementi di prova non siano nella disponibilità esclusiva dell'amministrazione, ma il privato abbia quanto necessario a sostenere il ricorso. Il riferimento è alle controversie risarcitorie ⁽⁵⁵⁾ e, in generale, alle ipotesi di giurisdizione esclusiva ⁽⁵⁶⁾: in questi casi si considera il soggetto privato in grado di assolvere pienamente all'onere della prova. Ne deriva una doppia via: sul ricorrente graverà l'onere di prova piena per le controversie risarcitorie e le ipotesi di giurisdizione esclusiva; nei restanti casi, qualora solo l'amministrazione abbia la disponibilità della prova e il ricorrente assolva al principio di prova, vi sarà spazio per l'attività istruttoria del giudice ⁽⁵⁷⁾. Tuttavia, non sempre atti e documenti sono nella piena disponibilità del privato, pertanto la posizione delle parti, anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, non è poi così diversa da quella in sede di legittimità ⁽⁵⁸⁾. Ciò è ancora più evidente nel caso di domanda di risarcimento che, di fatto, presuppone una preventiva o contestuale azione di annullamento del provvedimento da cui dipende il danno, venendo il ricorrente posto, anche in questo caso, in una posizione di inferiorità nei confronti della parte pubblica ⁽⁵⁹⁾.

Di conseguenza, la distinzione più corretta appare quella non basata sulla tipologia di azione o di giudizio, ma quella che guarda alla sola disponibilità dei fatti da provare. In questo modo,

⁽⁵⁵⁾ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 6 maggio 2025, n. 3844; Cons. Stato, Sez. III, 21 maggio 2025, n. 4339; Cons. Stato, Sez. III, 9 dicembre 2024, n. 9822; Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2023, n. 3681.

⁽⁵⁶⁾ *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 99; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 18 novembre 2022, n. 15345; Tar Piemonte, Torino, Sez. I, 18 dicembre 2022, n. 867; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 1 luglio 2020, n. 2752.

⁽⁵⁷⁾ A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 9, 2959 ss., considera l'esistenza di un terzo modello relativo alle ipotesi di condanna a un *facere*.

⁽⁵⁸⁾ In questo senso già G. LEONE, *Il sistema delle impugnazioni amministrative*, Padova, 2006, 467.

⁽⁵⁹⁾ In questo stesso senso, cfr. F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit., 926-927; ID., *La prova del danno e l'incerta «civilizzazione» del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2005, 1564-1565.

si avrebbero due regole di riparto dell'onere della prova: per i fatti di cui il ricorrente ha disponibilità vige la regola della prova piena; se, invece, i fatti sono nella disponibilità della sola amministrazione, trova applicazione la regola del principio di prova per il ricorrente che, qualora assolta, risulta sufficiente per dare impulso ai poteri istruttori del giudice ⁽⁶⁰⁾.

5. Tra potere e dovere istruttorio del giudice: il “nastro di Möbius” del processo amministrativo.

Il processo amministrativo affianca alla necessità di garantire la signoria istruttoria delle parti una più rilevante preoccupazione: quella di perseguire una decisione che rispecchi la realtà fattuale ⁽⁶¹⁾. Le parti nel processo non ricercano la scoperta della verità, ma la vittoria: per tali ragioni, l'attribuzione di poteri istruttori al giudice diviene uno strumento necessario per la ricostruzione della verità ⁽⁶²⁾. Se si conviene sulla necessità di perseguire una sentenza “giusta”, che rispecchi cioè la realtà materiale ⁽⁶³⁾, non sembra difficile potersi sostenere che con il principio della domanda possa concorrere il dovere del giudice di integrare le prove, qualora ne ricorrano i presupposti. Senza la possibilità del giudice di intervenire non si potrebbe nemmeno parlare di “giusto processo” ⁽⁶⁴⁾.

Peraltro, la «disponibilità delle prove non significa potere della parte di disporre del processo» ⁽⁶⁵⁾; quando vi è parità so-

⁽⁶⁰⁾ F. SAIITA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit., 927.

⁽⁶¹⁾ S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 80.

⁽⁶²⁾ F. SAIITA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, cit.

⁽⁶³⁾ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 119, secondo cui «il processo è giusto se è sistematicamente orientato a far sì che si stabilisca la verità dei fatti rilevanti per la decisione, ed è ingiusto nella misura in cui è strutturato in modo da ostacolare o limitare la scoperta della verità, dato che in questo caso ciò che si ostacola o si limita è la giustizia della decisione con cui il processo si conclude».

⁽⁶⁴⁾ M. TARUFFO, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 723 ss.

⁽⁶⁵⁾ F. SAIITA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, cit., 936.

stanziale tra le parti, il giudice non può sostituirsi a esse nell'attività probatoria; tuttavia, se tale parità manca, per indisponibilità delle prove, il potere si trasforma in dovere ⁽⁶⁶⁾. Infatti, la lettura della natura dell'intervento del giudice in chiave doverosa va sempre coordinata con l'effettiva disponibilità della prova e con la diligenza esigibile nel reperirla: «il giudice non deve supplire con propri poteri istruttori ad incombenti cui la parte può diligentemente provvedere» ⁽⁶⁷⁾.

Dunque, il processo amministrativo, letto alla luce degli artt. 111 Cost., 6 CEDU e 2 c.p.a., impone di guardare all'attività del giudice come doverosa ogniqualvolta il ricorrente abbia assolto al principio di prova, valutato in base alla disponibilità della stessa e alla diligenza concretamente esigibile. In questo senso il rapporto tra “potere” e “dovere” istruttorio può trovare efficace rappresentazione nella figura del nastro di *Möbius* ⁽⁶⁸⁾, una particolare forma geometrica in cui superficie interna ed esterna si fondono in un *continuum* senza soluzione di continuità. Allo stesso modo, il momento valutativo (potere) e quello esecutivo (dovere) dell'intervento istruttorio del giudice non costituiscono piani separati e indipendenti, ma sono parte di un unico disegno, funzionale alla realizzazione del giusto processo ⁽⁶⁹⁾. La caratteristica di questo rapporto, così come della figura geometrica, è che non esiste un preciso punto di cesura tra le due fasi: l'una deve condurre naturalmente all'altra. Come nel caso del nastro di *Möbius*, potere e dovere sono posti in continuità, al fine di garantire la parità sostanziale delle parti e l'accertamento della verità processuale.

⁽⁶⁶⁾ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 40-41

⁽⁶⁷⁾ Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 1 dicembre 2010, n. 26440. Nello stesso senso anche, Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 14 novembre 2012, n. 1787; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 18 ottobre 2012, n. 8633; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 14 giugno 2012, n. 2830; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 12 aprile 2011, n. 2079.

⁽⁶⁸⁾ Nome dato in ragione di August Ferdinand Möbius, che scoprì tale peculiare figura geometrica nel settembre 1858.

⁽⁶⁹⁾ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, cit., 176, osserva come «il principio della completezza e piechezza della tutela si annoveri tra i profili funzionali o di efficienza che rappresentano articolazioni del principio del giusto processo».

L'uno vive e si alimenta dell'altro: il potere, al ricorrere dei presupposti, si converte in dovere; il dovere presuppone, in concreto, l'aver esercitato (positivamente) il potere.

In questo modo, la scelta legislativa di configurare i poteri istruttori del giudice in termini di possibilità non esclude la loro trasformazione in obbligo, quando un'eventuale inerzia metterebbe a rischio la ricerca della verità. Così, l'attività ufficiosa del giudice rappresenta una naturale e doverosa prosecuzione della regola dell'onere della prova gravante sulle parti, ogniqualvolta l'asimmetria probatoria ne minacci l'equilibrio.

ABSTRACT: Il presente lavoro intende valutare la natura — doverosa o discrezionale — dell'intervento istruttorio del giudice. Pur in presenza di un dato letterale che lo configura come facoltativo ("può"), al ricorrere di determinate condizioni (assolvimento dell'onere del principio di prova da parte del ricorrente, indisponibilità della stessa per il privato e prevalente disponibilità in capo all'amministrazione), il giudice è tenuto a intervenire per riequilibrare la disparità tra le parti. Ne discende una lettura congiunta di potere e dovere istruttorio che si fondono in un *continuum*, assimilabile al nastro di Möbius: il momento valutativo (circa l'assolvimento dei presupposti richiesti al ricorrente) e quello doveroso (dell'intervento del giudice) non sono separati, ma funzionalmente integrati per assicurare la parità sostanziale delle parti e la realizzazione del giusto processo, alla luce di una lettura congiunta degli artt. 111 Cost., 6 CEDU e 2 c.p.a.

ABSTRACT: *This paper aims to assess the nature — mandatory or discretionary — of the judge's preliminary investigation. Even though the law states that it is optional, under certain conditions (fulfillment of the principle of proof by the appellant, unavailability of the same to the private individual, and prevailing availability to the administration), the judge is required to intervene to rebalance the disparities between the parties. This leads to a combined interpretation of investigative power and duty that merge into a continuum, similar to a Möbius strip: the moment of assessment (regarding the fulfillment of the requirements for the appellant) and the moment of duty (of the judge's intervention) are not separate but functionally integrated to ensure the substantial equality of the parties and the realization of a fair trial, in light of a joint interpretation of Articles 111 of the Constitution, 6 of the ECHR, and 2 of the Administrative Procedure Code.*

La processualizzazione del riparto probatorio nell'istruttoria procedimentale

di ANNA MARIA LISCIO

SOMMARIO: 1. Procedimento amministrativo e processo: due *species* del *genus* procedimento. — 2. I principi regolatori dell'istruttoria processuale e procedimentale. — 3. L'apertura dispositiva dei procedimenti a iniziativa di parte. — 4. La "processualizzazione" dell'istruttoria nei procedimenti ampliativi. — 5. Conclusioni.

1. Procedimento amministrativo e processo: due *species* del *genus* procedimento.

Nel 1952 Feliciano Benvenuti ha definito la funzione come la trasformazione del potere in un atto che si realizza attraverso il procedimento ⁽¹⁾. La funzione è intesa come un concetto neutro, trasversale alle diverse manifestazioni del potere astratto: la legislazione, l'amministrazione e la giurisdizione.

In questo senso, il procedimento rappresenta la «manifestazione della funzione, così come l'atto è il risultato della manifestazione di quella funzione» ⁽²⁾. Nel *genus* procedimento, secondo Benvenuti, rientrano sia il processo che il procedimento

⁽¹⁾ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss. Sulla funzione si veda anche ID., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.; A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella l. 241/90. Quaranta anni dopo la prolusione di Feliciano Benvenuti*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996, 97 ss.

Per una recente rassegna sull'evoluzione del concetto di funzione, A. ZITO, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, in *CERIDAP*, 2, 2024, 228 ss.

⁽²⁾ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 128.

in senso stretto, in quanto entrambi esprimono un potere che si fa atto: il processo è la forma della funzione giurisdizionale e il procedimento è la forma della funzione amministrativa ⁽³⁾.

La differenza tra procedimento e processo si coglie nel rapporto tra i soggetti e l'oggetto della funzione. Mentre nel procedimento i vari organi agiscono per perseguire l'interesse dell'autore dell'atto conclusivo che coincide con l'interesse della pubblica amministrazione per la cui soddisfazione è attribuito il potere ⁽⁴⁾, il tratto caratteristico del processo è che l'autore dell'atto finale persegue prioritariamente l'interesse dei destinatari, secondariamente l'interesse dello Stato alla giustizia. In particolare, per la funzione giurisdizionale è avvertita la necessità di assicurare la partecipazione dei privati alla trasformazione del potere nell'atto che determina la loro posizione giuridica ⁽⁵⁾. Ad avviso di Benvenuti, garantendo la collaborazione, il processo rappresenta la forma di esplicazione della funzione che meglio assolve alla garanzia di retto esercizio del potere ⁽⁶⁾.

La conclusione cui perviene l'Autore è che procedimento e processo non sono forme necessarie rispettivamente della funzione amministrativa e della funzione giurisdizionale, in quanto nel diritto le forme sono solo mezzi e strumenti, non sostanza. Ne deriva che, in linea di principio, ben sarebbe possibile amministrare con le forme del processo e, viceversa, esercitare la giurisdizione nelle forme del procedimento ⁽⁷⁾. Dunque, la funzione amministrativa potrebbe estrinsecarsi con forme processuali, consentendo ai privati di partecipare per tutelare l'interesse su cui incide il

⁽³⁾ *Ivi*, 126 ss.

⁽⁴⁾ *Ivi*, 134.

⁽⁵⁾ *Ivi*, 136.

⁽⁶⁾ *Ivi*, 136.

⁽⁷⁾ *Ivi*, 137 ss.

Per un approfondimento degli orientamenti dottrinali che hanno aderito al criterio distintivo strutturale e a quello funzionale tra procedimento e processo, si veda V. CARIANELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1993, 241 ss.

provvedimento ⁽⁸⁾. La prospettiva evocata da Benvenuti è quella di una generalizzazione del modello processuale ⁽⁹⁾, in cui il cittadino sia chiamato a collaborare per assicurare la giustizia della decisione ⁽¹⁰⁾.

Questa intuizione torna attuale se si osserva l'evoluzione della disciplina procedimentale: con l'entrata in vigore della legge l. n. 241/90 si è assistito a una crescente permeabilità del procedimento alle forme proprie del processo, tanto che si è parlato di "giurisdizionalizzazione" o di "processualizzazione" del procedimento ⁽¹¹⁾. L'innesto di numerosi principi processuali ha

⁽⁸⁾ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 139 ss., ove l'A. porta come esempi di procedimenti in forme processuali sia il ricorso gerarchico sia il procedimento disciplinare.

⁽⁹⁾ A. VALORIZZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Padova, 1999, 15.

⁽¹⁰⁾ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 145, il quale conclude osservando come la tutela giurisdizionale, essendo necessariamente *ex post*, interviene quando un atto ha già autoritariamente fissato una relazione di fatto con una disposizione alla quale l'interessato non ha collaborato, ma ha soggiaciuto. La collaborazione è, invece, processo e il «processo è garanzia di giustizia della decisione; e garanzia di giustizia è il massimo bene di ogni pubblica Amministrazione e insieme di ogni cittadino». Dunque, «l'esercitare la funzione amministrativa nelle forme del procedimento o del processo non è indifferente neppure per la nostra vita, per i nostri interessi pratici e per quelli ideali; per questi, direi, più che per gli altri: ché la collaborazione del cittadino alla funzione amministrativa non può non essere riconoscimento della sua individuale responsabilità e perciò, nella Società, della sua dignità».

⁽¹¹⁾ Utilizza queste espressioni L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, a cura di B. CAVALLO, Napoli, 1993, 94, il quale, pur accogliendo positivamente l'innesto di principi processuali, avverte che ciò non deve trasformare il responsabile del procedimento in una specie di giudice che risolve controversie fra privati o fra questi ultimi e l'amministrazione. L'arricchimento del contraddittorio con la partecipazione degli interessati consente l'ingresso nel procedimento dei c.d. interessi secondari, i quali non sono né tipizzabili né tipizzati, ma esistono solo nella realtà del caso concreto. Il pubblico interesse, tuttavia, mantiene il suo ruolo preminente per cui la ponderazione degli interessi secondari rispetto ad esso è solo un modo per assicurare la bontà dell'azione amministrativa.

Cfr. anche M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 257, secondo cui la «struttura paragiurisdizionale» assimilerebbe il procedimento amministrativo alla tutela giurisdizionale, divenendone concorrente.

riguardato soprattutto le garanzie della fase istruttoria, con riferimento alla partecipazione dei privati e alla conseguente apertura al contraddittorio ⁽¹²⁾, che rappresenta la condizione necessaria per avvicinare procedimento e processo; in assenza di contraddittorio, infatti, nessun accostamento o confronto sarebbe possibile ⁽¹³⁾. Tra procedimento e processo, pertanto, esistono numerose simmetrie che attengono tanto alla trattazione, quanto alla decisione ⁽¹⁴⁾: il contraddittorio, l'accertamento istruttorio e l'obbligo di motivazione ⁽¹⁵⁾. Tuttavia, queste convergenze non li rendono fungibili, bensì attestano la comune appartenenza al genere procedimento e la conformità al principio di giusta procedura ⁽¹⁶⁾.

Su questo sfondo si colloca l'interrogativo di questo contribu-

(12) Su questi temi, senza pretesa di esaustività, si veda M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 223 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 2, 1993, 133 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e ordinamento europeo-convenzionale*, Torino, 2016; R. PROIETTI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 566 ss.; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento (artt. 7, 8 e 10-bis l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2020, 291 ss.; R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 209 ss.; B. GAGLIARDI, *Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 373 ss.; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, 299 ss. Più di recente sul tema R. CAROCCIA, *La partecipazione al procedimento: sua interpretazione tra base costituzionale e riforma dell'art. 10-bis l. 241/90*, Napoli, 2023.

(13) In questi termini, M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, 57.

(14) Cfr. M. BELLAVISTA, *op. cit.*, 61 ss., che individua i seguenti caratteri comuni tra procedimento e processo: l'assunzione della qualità di parte con la domanda o con la conoscenza dell'avvio della procedura; l'obbligo di provvedere; la formazione progressiva del *thema disputandum ac decidendum*; il principio del contraddittorio; la formazione progressiva del *thema probandum*; la disponibilità della procedura in capo alle parti; l'obbligo di motivazione.

(15) Di recente, sul tema, A. CARBONE, *Soccorso istruttorio e procedimento amministrativo. Riflessioni di sistema*, in *Dir. amm.*, 1, 2025, 215 ss., secondo cui la «struttura normativa del procedimento amministrativo consente di considerare la funzione amministrativa come processo, volto alla verifica della sussistenza degli elementi idonei ad esercitare validamente il potere».

(16) M. BELLAVISTA, *op. cit.*, 61.

to: se, e in che misura, questo fenomeno di “processualizzazione” abbia inciso anche sul riparto dei carichi probatori nei procedimenti amministrativi a istanza di parte, determinando una ridefinizione più vicina alla logica dispositiva propria del processo.

2. I principi regolatori dell'istruttoria processuale e procedimentale.

Come noto, l'istruzione processuale è retta dal principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo ⁽¹⁷⁾. L'art. 63, com-

(17) Sull'istruttoria nel processo amministrativo l'opera principale è di F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1950. Sul tema, si vedano anche L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 7 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, I, 461 ss.; F. SAITTA, *Il sistema probatorio del processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1 ss.; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.; F.G. SCOCA, *Commento all'art. 63*, in AA.VV., *Il processo amministrativo*, a cura di V. LOPILATO - A. QUARANTA, Milano, 2011, 535 ss.; G. CORSO, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 2003, XVIII; C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, V, Milano, 2003, 4391 ss.; G. DE GIORGI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in *Annuario AIPDA 2012*, Napoli, 2013, 9 ss.; M. SICA, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri ufficiosi*, in *Annuario AIPDA 2012*, cit., 111 ss.; L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72 ss.; P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva “temperata”*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 85 ss.; F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2017, 911 ss.; C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2, 2020, 347 ss.; M.G. DELLA SCALA, *Onere della prova e poteri acquisitivi nel processo amministrativo. Il divieto di nova in appello e il requisito della “indispensabilità”*, in *Il Processo*, 3, 2021, 521 ss.; L. GIANI, *La fase istruttoria*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, IX ed., Torino, 2023, 418 ss.; M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di P.M. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, II ed., Padova, 2024, 314 ss.; C.S. LUCARELLI, *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, Bologna, 2024; V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2024, 861 ss.; AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, Milano, 2024; F. SAITTA, *La distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, tra principi e regole*, in *Il Processo*, 1, 2025, 105 ss.

ma 1, c.p.a. prevede l'onere della prova a carico delle parti, pur consentendo al giudice di chiedere anche d'ufficio chiarimenti o documenti. L'art. 64, comma 1, precisa che «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni». È, quindi, recepito il principio dell'onere della prova sancito dall'art. 2697 c.c., in base al quale spetta a chi vuole giovarsi provare i fatti a fondamento della propria domanda.

Tuttavia, ogni qualvolta il deducente non abbia la disponibilità della prova tale principio viene mitigato, essendo sufficiente che il ricorrente produca non la prova piena, bensì «un principio di prova» relativamente alle circostanze affermate, così da consentire al giudice di attivare i poteri istruttori d'ufficio per accertare pienamente i fatti allegati. Come è noto, per principio di prova si intende una rappresentazione dei fatti che, per assurgere al rango di indizio di prova, deve essere sufficientemente circostanziata così da prospettare uno schema attendibile di ricostruzione storica e giuridica degli avvenimenti¹⁸. Ne deriva che il ricorrente non può limitarsi a presentare censure generiche o fondate su mere supposizioni. Adempiuto questo onere attenuato, interviene il metodo acquisitivo che consente al giudice di svolgere ulteriori accertamenti per integrare la prova laddove non sia nella disponibilità del privato¹⁹. L'art. 64, comma 3, recita, infatti, che «il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione

Per un confronto con le altre esperienze europee, R. ARNOLD, *Il principio inquisitorio nel processo amministrativo tedesco*, in *Annuario AIPDA 2012*, cit., 141 ss.; F. VOLPE, *Spunti di giustapposizione tra il sistema processuale tedesco e quello italiano in materia di poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2012*, cit., 149 ss.; F.S. DURANTI, *Untersuchungsgrundsatz e metodo acquisitivo: spunti di rilettura dell'istruttoria processuale (anche) alla luce dell'esperienza tedesca*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2024, 879 ss.; R. NOGUELLOU, *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif. Le cas français*, in *Annuario AIPDA 2012*, cit., 167 ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Los poderes de oficio del juez administrativo*, in *Annuario AIPDA 2012*, cit., 207 ss.; A. POLICE, *L'inevitabile temperamento del principio della domanda nei giudizi sull'esercizio del potere pubblico: Italia e Spagna a confronto*, in *Annuario AIPDA 2012*, cit., 225 ss.

(18) P. LOMBARDI, *op. cit.*, 107 ss.

(19) V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo*, cit., 861.

di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione».

Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno tradizionalmente spiegato il temperamento dell'onere probatorio in virtù della asimmetria informativa tra le parti in causa ⁽²⁰⁾: l'amministrazione generalmente detiene tutti gli atti e i documenti acquisiti nel corso del procedimento, mentre il privato è solitamente sprovvisto del materiale necessario al processo. L'attribuzione al giudice di poteri d'ufficio consente di porre gli incombenti istruttori a carico della parte che più facilmente è in grado di soddisfarli ⁽²¹⁾. Il ricorrente è tenuto a introdurre i fatti, ma non è gravato di un onere di piena prova ogniquale volta non ne disponga in concreto ⁽²²⁾. Attraverso il potere acquisitivo, pertanto, il giudice può distribuire razionalmente tra le parti l'onere della prova ⁽²³⁾.

Viceversa, per i fatti che sono nella piena disponibilità della parte opera integralmente la regola dell'onere della prova. Il criterio della vicinanza determina una riespansione dell'onere probatorio, cosicché il ricorrente è tenuto a fornire una prova piena,

⁽²⁰⁾ In dottrina, per tutti, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., *passim*. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2; Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2022, n. 5146; Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2018, n. 574; Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2017, n. 2184.

Per una rilettura delle ragioni che giustificano i poteri acquisitivi del giudice, F. SAITTA, *Il sistema probatorio del processo amministrativo*, cit., 12 ss.; C.S. LUCARELLI, *op. cit.*, 129 ss., secondo cui non sarebbe più possibile distinguere tra parte "forte" e parte "debole" nel processo amministrativo in virtù sia della pienezza della partecipazione accordata al privato nel procedimento, sia per il riconoscimento del diritto di accesso documentale e civico. Inoltre, il dato positivo non avvalorerebbe la distinzione tra fatti primari e secondari che delinea il perimetro entro cui possono esercitarsi i poteri acquisitivi.

⁽²¹⁾ R. VILLATA, *op. cit.*, 197. Come chiarito da L. GIANI, *op. cit.*, 426 s., quindi, l'impostazione assunta dalla normativa e avallata dalla giurisprudenza conferma accanto alle iniziative istruttorie delle parti anche poteri d'ufficio del giudice: questi trovano fondamento soprattutto nel principio di collaborazione e contribuiscono al mantenimento, seppur in misura oggi meno avvertita, della parità sostanziale tra le parti. Difatti, nonostante le garanzie introdotte dalla legge sul procedimento amministrativo, permane l'asimmetria derivante dalla posizione di autorità della pubblica amministrazione, che rischia di compromettere l'effettività del diritto di difesa.

⁽²²⁾ P. LOMBARDI, *op. cit.*, 106.

⁽²³⁾ In questi termini V. FANTI, *op. cit.*, 865.

«allegando e dimostrando in giudizio tutti gli elementi costitutivi della sua pretesa» (24). In tal modo si impedisce un'inversione dell'onere e uno svuotamento del dovere di allegare con specificità i fatti costitutivi della domanda (25). In definitiva, il privato deve addurre tutti gli elementi di cui abbia disponibilità o almeno possibilità di reperimento, impedendo così che l'onere probatorio sia eluso attraverso il potere acquisitivo del giudice.

Per contro, nel procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 6, lett. b), della legge n. 241/90, l'istruttoria è retta dal principio inquisitorio che consente al responsabile del procedimento di «accerta[re] di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari». Egli svolge di propria iniziativa tutte le indagini necessarie senza alcun vincolo alle allegazioni dei privati e, in virtù del principio di informalità, ricorre ai mezzi istruttori più idonei per l'accertamento dei fatti.

Il principio inquisitorio, pertanto, attribuisce all'autorità sia il potere di svolgere le indagini che ritenga opportune senza bisogno di una preventiva istanza, sia di assumere come elementi di prova anche circostanze di fatto non precedentemente indicate da altri soggetti (26). Essa dispone di un ampio potere di iniziativa per acquisire o integrare i dati occorrenti per il provvedimento.

L'amministrazione non solo è libera nell'accertamento dei fatti rilevanti, ma anche nell'apprezzamento delle prove acquisite

(24) Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2018, n. 574.

(25) In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2011, n. 1039, che ha precisato come il «principio, secondo il quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, deve trovare integrale applicazione ogni volta che non ricorra quella disuguaglianza di posizioni tra Amministrazione e privato, che giustifica l'applicazione, nel processo amministrativo, del principio dispositivo con metodo acquisitivo; principio, questo, che comunque non può mai coinvolgere in un'assoluta e generale inversione dell'onere della prova e comunque non consente al Giudice amministrativo di sostituirsi alla parte onerata quando il ricorrente, come nel caso in esame, non si trovi affatto nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione».

(26) F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 371 ss., secondo cui «per quanto sia varia la tipologia dei procedimenti amministrativi, - dal punto di vista della natura, della funzione, della partecipazione di privati -, il canone ispiratore comune è rappresentato dal principio inquisitorio».

(²⁷). Il responsabile, inoltre, deve garantire la completezza dell'istruttoria al fine di assicurare un adeguato accertamento dei presupposti e il reperimento dei dati che occorrono per la decisione (²⁸). Un'istruttoria carente, infatti, incide sull'esatta formazione della volontà amministrativa, viziando per eccesso di potere il provvedimento adottato.

Dunque, questi poteri/doveri che sono riconosciuti al responsabile del procedimento sono espressione dell'"intima sostanza" (²⁹) del principio inquisitorio, vale a dire la ricerca della verità reale o materiale (³⁰), la quale impone all'amministrazione di adottare decisioni che siano fondate su rappresentazioni certe, veritiere e complete dei dati rilevanti relativi alla situazione per cui si provvede.

3. L'apertura dispositiva dei procedimenti a iniziativa di parte.

L'art. 6 della legge n. 241/90 dispone l'operatività generalizzata del principio inquisitorio, quale strumento indispensabile

(²⁷) F. LEVI, *op. cit.*, 373.

(²⁸) M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sull'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 112.

(²⁹) L'espressione è ripresa da G. PASTORI, *Principi costituzionali sull'amministrazione e principio inquisitorio nel procedimento*, in AA.VV., *Informazione e funzione amministrativa*, a cura di M. CAMMELLI - M.P. GUERRA, Rimini, 1997, 30, il quale osserva come il principio della verità materiale (*materielle Wahrheit*) fosse già sancito nell'art. 24 della legge tedesca sul procedimento amministrativo, ma che si sia ormai affermato in senso analogo anche nella dottrina e nella giurisprudenza italiana.

Per un'analisi più approfondita dell'istruttoria nella legge federale tedesca, si veda M.T. SERRA, *op. cit.*, 31 ss., la quale chiarisce come il principio inquisitorio sia temperato da un dovere di collaborazione dei cittadini. Secondo F. HUFEN, *Fehler im Verwaltungsv erfahren*, Baden Baden, 2018, 99, la maggiore responsabilità individuale si basa sul semplice riconoscimento che difficilmente qualcun altro è in grado di meglio informare l'autorità su fattori soggettivi, dati relativi alla propria sfera di vita e, in generale, sui propri interessi, rispetto al soggetto interessato o richiedente stesso. Vi sono, pertanto, oneri di esposizione dei fatti e di argomentazione, la cui inosservanza non è più necessariamente imputabile all'amministrazione come un errore nell'accertamento dei fatti, ma ricade nella "sfera di rischio" del soggetto interessato.

(³⁰) Sul tema si rinvia a E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011.

per assicurare una cognizione completa della realtà, a garanzia dell'interesse pubblico cui è funzionalizzato l'esercizio del potere amministrativo ⁽³¹⁾. La norma non distingue tra procedimenti avviati d'ufficio e quelli promossi a iniziativa di parte, eppure ciò non giustifica che in questi ultimi l'amministrazione possa adottare un provvedimento favorevole anche a fronte di una totale inerzia dell'istante. Vi sono, quindi, casi in cui la dinamica procedimentale si discosta dal modello inquisitorio puro.

La diversa intensità dell'apporto del privato varia a seconda che il provvedimento produca effetti restrittivi o ampliativi nella sua sfera giuridica. Nei procedimenti d'ufficio è preminente l'interesse pubblico che costituisce il movente dell'avvio del procedimento, rispetto al quale il privato assume una posizione difensiva ⁽³²⁾. Quando vi è iniziativa di parte, invece, l'azione amministrativa è orientata principalmente ad assicurare che l'interesse pubblico non venga pregiudicato ⁽³³⁾, perché la vera "forza motrice" ⁽³⁴⁾ del procedimento è l'interesse del richiedente al conseguimento di un bene della vita. L'istanza dell'interessato determina un effetto propulsivo del procedimento ⁽³⁵⁾ e, in assenza, l'amministrazione non potrebbe attivarsi perché il solo interesse pubblico non giustifica l'avvio procedimentale e l'adozione di un provvedimento ampliativo ⁽³⁶⁾. L'apertura del procedimento, dunque, è subordinata all'impulso di parte: anche qualora l'interesse pubblico coincida con l'interesse personale dell'istante, il procedimento non può iniziare se tale interesse non è stato manifestato ⁽³⁷⁾.

⁽³¹⁾ M.T. SERRA, *op. cit.*, 121.

⁽³²⁾ P. LAZZARA, *I procedimenti ad istanza di parte: interessi privati e interesse pubblico nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, cit., 115 ss.

⁽³³⁾ G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, 167, nt. 91.

⁽³⁴⁾ L'espressione è ripresa da P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi a istanza di parte*, cit., 126.

⁽³⁵⁾ Sul tema G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975.

⁽³⁶⁾ P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi a istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, Napoli, 2008, 99.

⁽³⁷⁾ G. PALEOLOGO, *Istanza. III) Istanza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1989, I.

Questa differenza nel momento genetico si riverbera sull'ampiezza delle indagini cui è tenuta la pubblica amministrazione⁽³⁸⁾. Nei procedimenti restrittivi per la sfera giuridica privata è l'amministrazione che si attiva per ricercare qualunque fatto primario necessario all'adozione del provvedimento. In maniera ancor più evidente, ciò accade quando, a seguito della comunicazione di avvio, l'interessato decida di rimanere inerte e di non partecipare al procedimento: in questo caso il contraddittorio è assente e il principio inquisitorio trova massima operatività⁽³⁹⁾.

Diversamente, nei procedimenti ampliativi, il privato aspira al conseguimento di un bene della vita e si attiva per dimostrare la fondatezza della sua pretesa, non potendo confidare passivamente nel potere inquisitorio della pubblica amministrazione.

La constatazione che l'istante ha interesse a adoperarsi per addurre elementi istruttori favorevoli solo qualora possa ottenere un provvedimento ampliativo, mentre nel caso opposto resta inerte o al più tenta di paralizzare l'esercizio del potere, non è priva di rilievo giuridico⁽⁴⁰⁾ e, anzi, solleva l'interrogativo circa l'esistenza di un principio per il quale incombe sul privato l'onere di provare i fatti che giustificano l'adozione del provvedimento.

Per spiegare questo diverso atteggiarsi dell'istruttoria, la dottrina ha graduato l'intensità del principio inquisitorio distinguendo tra senso sostanziale (o forte) e senso formale (o debole)

⁽³⁸⁾ In questo senso già V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'onere di acquisizione dei presupposti nei procedimenti ad istanza dei privati, in particolare nei procedimenti di assegnazione di terre incolte*, in *Foro it.*, 1956, III, 31.

⁽³⁹⁾ L'osservazione è di M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, 57. In questo senso anche A. CARBONE, *op. cit.*, 218, il quale osserva come la nozione di parte necessaria, riferita al privato destinatario della comunicazione di avvio del procedimento, in contrapposizione a quella di parte eventuale, per il soggetto che interviene ai sensi dell'art. 9 senza ricevere la comunicazione, non è tale in senso tecnico, atteso che la parte "necessaria" potrebbe decidere di non partecipare al procedimento, senza che la situazione che si verifica sia equiparabile a quella del processo. Il principio del contraddittorio, dunque, è violato soltanto qualora sia omessa la comunicazione di avvio del procedimento.

⁽⁴⁰⁾ G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, 205.

(41). Nella prima accezione, operante nei procedimenti d'ufficio, l'amministrazione è autorizzata ad acquisire i fatti anche oltre le allegazioni dei privati. Diversamente, il principio inquisitorio in senso formale, tipico dei procedimenti a iniziativa privata, consente all'autorità di assumere d'ufficio le prove rilevanti, ma senza oltrepassare il perimetro dei fatti primari allegati dalle parti.

Nel procedimento a iniziativa di parte risultano essenziali le allegazioni dell'interessato al fine di definire il perimetro delle indagini che la pubblica amministrazione potrà condurre. L'impulso del privato che aspira al conseguimento di un bene della vita, quindi, comporta un aggravio in termini di allegazioni rispetto a un procedimento *ex officio*. L'istanza non esaurisce l'attività procedimentale del richiedente (42), il quale ha l'onere di provare i fatti costitutivi nella sua disponibilità (43) in vista della soddisfazione dell'interesse. Dunque, chi attiva l'azione ammini-

(41) Tale distinzione è proposta da M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 408, poi ripresa da F. LEVI, *op. cit.*, 372 e, più di recente, da P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi a istanza di parte*, cit., 147 ss.

(42) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'onere di acquisizione dei presupposti*, cit., 32, il quale ritiene, infatti, che nei procedimenti ad iniziativa di parte vi è «un onere a carico dell'agente di addurre e provare gli elementi su cui si fonda la propria domanda e sui quali ritiene che possa e debba fondarsi il provvedimento richiesto». Il privato deve fornire la prova almeno delle condizioni di ammissibilità dell'istanza, dei fatti di legittimazione e delle circostanze di fatto al cui ricorrere è possibile l'adozione del provvedimento amministrativo. Tale onere si impone, secondo l'A, da un lato, perché sarebbe impossibile per la p.a., che riceve numerosissime istanze, «ricercare e accertare per ognuna i fatti giustificativi, eventualmente in ordine a circostanze e situazioni note solo all'interessato», dall'altro, in virtù del principio generale dell'ordinamento, previsto dall'art. 2697, in base al quale a colui che è interessato a far valere gli effetti di un fatto spetta affermarlo e provarlo.

Questo secondo argomento non è ritenuto pertinente da F. LEVI, *op. cit.*, 381-382, in quanto la norma fa riferimento a un «giudizio», vale a dire un processo giurisdizionale, nel quale si fa valere un diritto disponibile. Se si esclude che la posizione giuridica fatta valere dall'istante sia assimilabile a un diritto soggettivo, i procedimenti amministrativi a istanza necessaria di parte non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 2697 c.c.

(43) Sul punto si veda M.T. SERRA, *op. cit.*, 416, la quale osserva come l'attivazione di un onere della prova sostanziale consenta di introdurre nell'istruttoria elementi della realtà che, essendo strettamente personali, potrebbero sfuggire alla conoscenza dell'amministrazione. Ciò, dunque, oltre a soddisfare eventualmente l'interesse del privato, assolve anche alla funzione di tutela dell'interesse pubblico cui è orientata l'attività della pubblica amministrazione.

strativa deve contribuire diligentemente all'accertamento dei presupposti per l'accoglimento della sua domanda ⁽⁴⁴⁾, senza riporre passivo affidamento sui poteri d'ufficio dell'amministrazione ⁽⁴⁵⁾. Quest'ultima è infatti solitamente indifferente alle aspirazioni degli amministrati e, anche qualora siano in armonia con le finalità pubbliche, non si sostituisce al cittadino nell'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione finale ⁽⁴⁶⁾.

La p.a. potrà rigettare un'istanza se l'interessato non abbia provato i presupposti di fatto che erano nella sua sfera conoscitiva ⁽⁴⁷⁾, in quanto il principio inquisitorio non consente di supplire alle carenze probatorie del richiedente ⁽⁴⁸⁾ ricercando fatti favorevoli non allegati da chi li aveva nella sua esclusiva disponibilità ⁽⁴⁹⁾. In altri termini, il principio inquisitorio non esonera il privato dalla prova poiché l'autorità amministrativa non è tenuta a ricercare i fatti costitutivi che l'istante avrebbe potuto e dovuto introdurre nel procedimento.

Prima di adottare un provvedimento negativo, tuttavia, il responsabile dovrà attivare il soccorso istruttorio ⁽⁵⁰⁾ tramite il

⁽⁴⁴⁾ P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi a istanza di parte*, cit., 98, secondo cui lo spostamento delle incombenze istruttorie si giustifica in base al "criterio dell'interesse", per il quale la parte c.d. diligente è tenuta a produrre fatti e documenti che dimostrino la fondatezza delle sue pretese.

⁽⁴⁵⁾ A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale. Inquadramento teorico, principi e interessi protetti*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, 204.

⁽⁴⁶⁾ P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi a istanza di parte*, cit., 133-134.

⁽⁴⁷⁾ P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi a istanza di parte*, cit., 143.

⁽⁴⁸⁾ Di diverso avviso F. LEVI, *op. cit.*, 393, il quale ritiene che sulla base del principio di imparzialità «l'amministrazione, come può emanare di massima un provvedimento favorevole a taluno anche se questi non prova compiutamente i fatti essenziali, così può rifiutare (od omettere) un provvedimento sfavorevole ad un soggetto anche se questi non prova l'inesistenza dei fatti che consentono (o l'esistenza dei fatti che impediscono) l'uso del potere».

⁽⁴⁹⁾ P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi a istanza di parte*, cit., 135.

⁽⁵⁰⁾ Sull'istituto in esame, *ex multis*, A. CARBONE, *Soccorso istruttorio e procedimento amministrativo*, cit., 207 ss.; A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 183 ss.; A. BONAITI - S. VACCARI, *Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato*, in *Dir. amm.*, 2, 2023, 373 ss.; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 168 ss.; E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016; M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento*

quale invita la parte istante a rettificare o integrare la documentazione presentata. Tale istituto non è una manifestazione del potere inquisitorio ⁽⁵¹⁾: l'amministrazione non accede direttamente ai fatti, né svolge accertamenti istruttori diversi e ulteriori rispetto a quelli indicati dal privato. Il responsabile del procedimento offre una seconda *chance* all'interessato di provare il possesso dei requisiti per l'accoglimento dell'istanza, attraverso la rettifica delle irregolarità ⁽⁵²⁾. Ciò conferma ulteriormente la responsabilizzazione richiesta al cittadino: l'amministrazione non si sostituisce a lui, bensì lo sollecita affinché diligentemente produca allegazioni complete ed esaustive.

In definitiva, nei procedimenti a iniziativa di parte dove si persegue un interesse personale, l'istante è chiamato a partecipare in modo attivo e responsabile, assumendo l'onere di allegare e, nei limiti della propria disponibilità, provare i fatti rilevanti per l'accoglimento della sua domanda.

4. La “processualizzazione” del riparto probatorio nei procedimenti ampliativi.

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge uno scarto tra la formulazione dell'art. 6, che sancisce l'operatività generalizzata del principio inquisitorio, e il concreto atteggiarsi dell'istruttoria nei procedimenti a iniziativa di parte. In questi ultimi, l'onere probatorio che grava sul richiedente introduce elementi propri

amministrativo, in *Dir. amm.*, 3, 2017, 573 ss.; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 151 ss.; P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra “mere” irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urb. app.*, 12, 2014, 1296 ss.; N. SAIITA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Giustamm.it*, 2013.

⁽⁵¹⁾ Contrariamente F. LEVI, *op. cit.*, 384-385, qualificava il soccorso istruttorio come «una coerente espressione del principio inquisitorio e dell'esigenza della verità reale». Benché la sua opera precedesse di molti anni la legge sul procedimento amministrativo, egli riteneva che la tendenza ad affermare come dovere della pubblica amministrazione la richiesta di integrazioni o la segnalazione di lacune nella documentazione del privato avrebbe portato prima o poi all'introduzione di una regola siffatta, che ai tempi in cui scriveva appariva ancora utopistica.

⁽⁵²⁾ In questo senso A. BONAITI - S. VACCARI, *Sul soccorso istruttorio nel diritto amministrativo generale*, cit., 189 ss.

della logica dispositiva, teoricamente incompatibili con il principio inquisitorio ⁽⁵³⁾.

In realtà, si tratta di una contraddizione solo apparente che si supera interpretando, come anticipato, il principio inquisitorio non in senso sostanziale, ma in senso formale. Esso non opera, nei procedimenti ampliativi, come obbligo della p.a. di ricercare circostanze favorevoli che il privato non abbia introdotto, bensì come dovere di vagliare la veridicità e la completezza delle allegazioni di parte. Quando i fatti rilevanti sono nella disponibilità dell'istante, l'amministrazione non ha l'obbligo di acquisirli d'ufficio, né di attivarsi per supplire a un comportamento negligente del richiedente.

Nel procedimento a iniziativa privata, pertanto, l'onere della prova convive con il principio inquisitorio in senso formale. In primo luogo, esso consente all'autorità di ricercare eventuali circostanze ostative all'emanazione dell'atto richiesto, impedendo un eventuale pregiudizio all'interesse pubblico. In secondo luogo, l'amministrazione è tenuta a verificare la veridicità delle allegazioni private, in quanto la libertà nell'apprezzamento delle prove richiede di valutarne la consistenza e l'esattezza prima di assumerle come premessa idonea a giustificare un provvedimento favorevole ⁽⁵⁴⁾. Infine, il modello inquisitorio consente alla p.a. di ricercare gli eventuali fatti al di fuori della disponibilità della parte istante ⁽⁵⁵⁾ e che ragionevolmente non era in grado di produrre. Ciò comporta che l'amministrazione non debba accertare eventuali circostanze favorevoli al privato e che questi non abbia prodotto pur avendone la disponibilità. L'obbligo per l'autorità di attivarsi e indagare sussiste solo relativamente ai fatti che atten-

⁽⁵³⁾ Cfr. F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, 251 ss., secondo cui appare difficile estendere il principio dell'onere della prova al procedimento e ritiene preferibile integrare ciò che residua del metodo inquisitorio con i contributi partecipativi dei privati. Difatti, mentre l'amministrazione è orientata ad una esauriente acquisizione e comparazione di tutti gli interessi in gioco, nel processo, il giudice è chiamato a comporre un conflitto tra le parti, limitatamente alle richieste da queste formulate.

⁽⁵⁴⁾ M.T. SERRA, *op. cit.*, 124.

⁽⁵⁵⁾ P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi a istanza di parte*, cit., 133.

gono agli interessi pubblici affidati alla sua cura, ma non si atteggiava a strumento sostitutivo delle incombenze spettanti al privato.

In questi procedimenti, dunque, il potere inquisitorio non si configura come onere di acquisizione d'ufficio di tutti i fatti rilevanti, ma come responsabilità in termini di veridicità e attendibilità dell'istruttoria. Anche la giurisprudenza ⁽⁵⁶⁾ si esprime in questo senso precisando che, «sebbene l'istruttoria procedimentale amministrativa sia sorretta dal principio inquisitorio, al potere istruttorio dell'amministrazione corrisponde, tuttavia, un dovere di informazione a carico del privato, con la conseguenza che, qualora questi non fornisca gli elementi in suo possesso o rientranti nella sua sfera di controllo, l'amministrazione deve respingere l'istanza». In altre parole, se il richiedente non adempie l'onere probatorio, i fatti non provati saranno considerati insussistenti, con conseguente rigetto della sua istanza ⁽⁵⁷⁾.

L'amministrazione, quindi, non deve con le proprie indagini rimediare all'inerzia del privato, integrando le prove insufficienti o supplendo alle prove mancanti. In tal modo si ridimensiona la possibilità che il richiedente si attivi solo per ridurre o eliminare il c.d. rischio della prova mancata ⁽⁵⁸⁾, vale a dire l'eventualità che l'autorità amministrativa adotti un provvedimento di diniego perché non abbia diligentemente ricercato la prova o perché, pur attivandosi, non l'abbia trovata.

Si afferma, invece, una logica diversa, per cui il riparto dell'onere probatorio in sede procedimentale, come nel processo, tende a fondarsi sul criterio della vicinanza alla prova ⁽⁵⁹⁾, inteso come pa-

⁽⁵⁶⁾ Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2016, n. 2661

⁽⁵⁷⁾ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'onere di acquisizione dei presupposti*, cit., 32.

⁽⁵⁸⁾ F. LEVI, *op. cit.*, 387, riteneva che sul privato che prendesse parte al procedimento non gravasse un onere della prova in senso tecnico, ma un «rischio della prova». Precisa G. BARONE, *op. cit.*, 208, che tale rischio è minore nelle ipotesi in cui l'autorità debba accertare fatti richiesti dalla norma per l'adozione del provvedimento, mentre è tanto maggiore e si risolve in una mancata prova ogniqualvolta per emanare il provvedimento favorevole sia necessario accertare fatti non richiesti dalla norma e di cui abbia miglior conoscenza il privato.

⁽⁵⁹⁾ Come chiarito da Corte Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, si sostanzia nella regola per cui «l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto,

rametro per una distribuzione razionale degli incumbenti istruttori. L'innesto di questo criterio nella dinamica procedimentale assicura che il fatto sia allegato dalla parte che possa più agevolmente reperirlo. Anche se non espressamente previsto dalla legge n. 241/90, esso è coerente con i principi di collaborazione e buona fede cui deve essere improntato il rapporto giuridico amministrativo.

Del resto, la stessa l. n. 241/90 ha trasferito sull'amministrazione una parte degli oneri di documentazione che in passato gravavano sul privato. Ai sensi dell'art. 18, comma 2, i documenti che attestano atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria, sono acquisiti d'ufficio se detenuti dall'amministrazione procedente o da altra amministrazione, mentre ai privati può essere richiesta solo un'autocertificazione. Pertanto, la norma conferma la volontà di far gravare l'adempimento istruttorio sulla parte che possa più facilmente soddisfarlo, in tal caso anche alleggerendo la posizione del cittadino. La sua operatività comunque presuppone che il richiedente abbia dichiarato quali siano i fatti, gli stati o le qualità oggetto della documentazione da acquisire d'ufficio e abbia fornito specifiche indicazioni per la ricerca dei documenti ⁽⁶⁰⁾. Non si configura in capo all'amministrazione un onere di ricerca "al buio" della documentazione utile per l'interessato ⁽⁶¹⁾.

Nei procedimenti a iniziativa di parte, quindi, con il temperamento del principio inquisitorio e il contestuale ampliamento del carico probatorio del privato si realizza una distribuzione più equa degli incumbenti, ispirata al criterio di vicinanza alla prova ⁽⁶²⁾.

della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione». Si abbandona, quindi, la rigidità dell'art. 2967 c.c., che alloca in capo a chi fa valere un diritto o solleva un'eccezione l'onere di provarne i fatti a fondamento, a favore di un modello flessibile che si adegua alla realtà materiale in cui vivono i fatti da provare.

⁽⁶⁰⁾ P. LAZZARA, *Le dichiarazioni sostitutive di certificazioni*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, 576.

⁽⁶¹⁾ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2262.

⁽⁶²⁾ Questo recepimento del criterio della disponibilità si rinviene anche in alcuni procedimenti d'ufficio. In particolare, a proposito di un annullamento d'ufficio di un permesso di costruire, il Consiglio di Stato ha affermato l'onere del privato di provare la data

Questa dinamica consente di cogliere un'analogia con lo schema dispositivo con metodo acquisitivo del processo amministrativo. Infatti, sia in sede procedimentale che processuale, chi attiva una "procedura" aspirando a ottenere una decisione favorevole (che sia un provvedimento o una sentenza) è gravato dall'onere di provare i fatti posti a fondamento della sua domanda che siano nella sua disponibilità. Si delinea così una processualizzazione del riparto probatorio nell'istruttoria procedimentale.

Così come la p.a. non è tenuta a ricercare fatti favorevoli rientranti nella sfera conoscitiva dell'interessato, allo stesso modo il giudice non dispone d'ufficio adempimenti istruttori su circostanze nella disponibilità del ricorrente. Tale simmetria si spiega perché il potere acquisitivo del giudice è anch'esso un'espressione del principio inquisitorio in senso formale, potendo il giudice ordinare adempimenti istruttori ulteriori nei limiti delle allegazioni del ricorrente che abbia prodotto un principio di prova. Sia l'amministrazione che il giudice conservano la facoltà di acquisire ulteriori fatti rilevanti, ma entro i confini delle allegazioni del privato e purché non ricadano nella sua sfera di disponibilità, in quanto non è consentito supplire a una negligenza del privato.

Nel processo è il principio della domanda che impedisce di sanare le inattività processuali del ricorrente; nel procedimento tale limite si spiega in base al principio di autoresponsabilità che grava sul privato che aspira all'ottenimento di un bene della vita e all'esigenza di non svantaggiare eventuali controinteressati.

5. Conclusioni.

In conclusione, si può sostenere che il procedimento amministrativo a istanza di parte presenti oggi rilevanti tratti di pro-

di realizzazione degli interventi edilizi. Ad avviso dei giudici, tale onere ha rilevanza procedimentale, prima ancora che processuale, trattandosi di circostanze che rientrano nella sfera di conoscibilità dell'interessato. Cfr. Cons. Stato, sez. II, 1 febbraio 2024, n. 1016, su cui per un commento C. NAPOLITANO, *Abusi edilizi e autotutela: l'onere della prova in capo al privato. Nota a Cons. Stato, II, 1 febbraio 2024, n. 1016*, in *Giustiziainsieme.it*, 2, 2024, 253 ss.

cessualizzazione nella distribuzione dell'onere probatorio. Il modello che si delinea è quello di un procedimento che ricalca la struttura dispositiva del processo amministrativo, temperata dal criterio di vicinanza alla prova. L'istruttoria non è più un'attività svolta esclusivamente dalla pubblica amministrazione in chiave inquisitoria, ma diviene un momento condiviso, in cui il privato è chiamato a collaborare attivamente per conseguire un'utilità.

Tuttavia, se è vero che il giudizio e il procedimento a iniziativa di parte condividono una certa connotazione dispositiva, è altrettanto vero che permangono rilevanti differenze nei presupposti, nelle finalità e nelle responsabilità delle parti coinvolte. Nel processo, il giudice non assume una funzione di tutela dell'interesse pubblico e di perseguimento della verità materiale. Egli, ponendosi in una posizione di imparzialità, si attiva solo in presenza di un principio di prova e i suoi poteri acquisitivi sono espressione della necessità di garantire piena parità tra le parti ed equivalenza degli interessi in gioco, pubblico e privato, dinanzi al giudice amministrativo.

Nel procedimento, invece, la permanenza di poteri istruttori d'ufficio si giustifica in ragione del ruolo stesso dell'amministrazione, la quale deve assicurare che il perseguimento dell'interesse privato non confligga con l'interesse pubblico e, quindi, garantirne la tutela. Ciò consente all'autorità di accertare d'ufficio i fatti impeditivi e ostativi all'accoglimento della domanda, che verosimilmente l'istante non abbia introdotto nel procedimento, o per integrare le prove di cui il privato non abbia disponibilità. È l'esigenza della verità reale che impone all'amministrazione di attivare i propri poteri inquisitori per superare margini di dubbio o incertezza e assicurare che la decisione sia fondata su dati verificati⁶³. La p.a. è, dunque, tenuta ad attivarsi d'ufficio solo per impedire che la soddisfazione dell'interesse privato comprometta l'interesse pubblico, non per sostenere le ragioni dell'istante.

Ne risultano valorizzate la responsabilità individuale e la le-

(⁶³) M.T. SERRA, *op. cit.*, 126.

ale collaborazione: in tal modo, evitando di aggravare l'attività amministrativa con compiti che possono essere svolti dal cittadino, si promuove un'amministrazione più efficiente.

ABSTRACT: A partire dalla distinzione proposta da Benvenuti tra procedimento e processo come specie del genere procedimento, il contributo analizza il fenomeno della crescente "processualizzazione" del procedimento amministrativo. La riflessione si concentra sui procedimenti a istanza di parte per evidenziare come si discostino dal modello inquisitorio puro, configurando un onere della prova in capo al privato. Questa apertura verso una logica dispositiva avvicina l'istruttoria procedimentale a quella tipica del processo amministrativo, richiedendo al soggetto istante un ruolo attivo basato sui principi di autoreponsabilità e di leale collaborazione.

ABSTRACT: *Starting from Benvenuti's distinction between proceedings and process as types of proceedings, this article looks at the growing "processualisation" of administrative proceedings. The paper focuses on proceedings initiated by private parties to highlight how they differ from the pure inquisitorial model, placing the burden of proof on the private individual. This opening towards a dispositive logic brings the procedural investigation closer to that typical of administrative processes, requiring the applicant to play an active role based on the principles of self-responsibility and loyal cooperation.*

Lo strumento digitale nell'istruttoria procedimentale e processuale

di GIOVANNA TITTA

SOMMARIO: 1. L'istruttoria procedimentale alla prova dell'intelligenza artificiale. — 2. La partecipazione ai procedimenti automatizzati e la ragionevolezza di un'istruttoria automatizzata: criticità. — 3. L'influenza delle nuove tecnologie sull'istruttoria processuale. — 4. Malfunzionamento piattaforma telematica e onere della prova: analisi giurisprudenziale. — 5. Conclusioni.

1. L'istruttoria procedimentale alla prova dell'intelligenza artificiale.

Massimo Severo Giannini, già negli anni Settanta del secolo scorso, sottolineava come «i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno» ⁽¹⁾. L'impiego di tecnologie digitali, anche di intelligenza artificiale, ha contribuito ad una trasformazione del procedimento amministrativo, favorendo una maggiore efficienza ed efficacia dell'operato dei pubblici poteri, rivestendo un ruolo fondamentale ai fini della realizzazione del principio di economicità che deve governare e ispirare l'operato delle amministrazioni pubbliche ⁽²⁾. Tale consapevolezza è cristallizzata anche nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241), il cui art. 3-*bis* «Uso della telematica», introdotto dall'art. 3 della l.

⁽¹⁾ M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, 1979, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 3, 734.

⁽²⁾ V. FANTI, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2022, 1001.

11 febbraio 2005, n. 15, prevedeva già da principio che «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

Ai fini di una ricostruzione più puntuale del quadro normativo, è opportuno richiamare anche il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il codice dell'amministrazione digitale, che rappresenta ancora oggi il principale riferimento normativo organico in materia di utilizzo delle tecnologie dell'informazione nell'ambito dell'attività amministrativa. Infine, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che, alla prima delle sei «missioni» in cui si articola, prevede proprio quella della «digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo». All'interno di questa missione, si colloca la «M1C1: digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA» che si pone l'obiettivo di digitalizzare l'attività della pubblica amministrazione italiana per mezzo di interventi tecnologici ad ampio spettro, accompagnati da riforme strutturali. Più specificatamente la sua finalità è quella di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70) ⁽³⁾. L'uso di sistemi di intelligenza artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni è oggetto di regolamentazione anche a livello europeo. Infatti, il primo agosto del 2024 è entrato in vigore “*AI Act*”, ovvero il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale ⁽⁴⁾, che disciplina l'uso dell'intelligenza artificiale con un approccio “*risk based*” ⁽⁵⁾, classificando i

⁽³⁾ A completamento dell'analisi normativa è opportuno richiamare anche l'art. 9 del decreto legislativo 12 luglio 2024, n. 103, secondo il quale «Le amministrazioni cui sono attribuite funzioni di controllo, diverse da quelle in materia di controllo fiscale, in attuazione delle disposizioni del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, adottano misure volte ad automatizzare progressivamente le proprie attività, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse quelle di intelligenza artificiale in coerenza con il principio di proporzionalità al rischio secondo le regole tecniche finalizzate alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana».

⁽⁴⁾ Salvo alcune eccezioni, il Regolamento si applicherà a decorrere dal 2 agosto 2026 (art. 113, Reg. (UE) 2024/1689).

⁽⁵⁾ Per un approccio critico al concetto di *risk-based*, C. NOVELLI, *L'Artificial Intel-*

sistemi di IA in base al rischio che presentano e introducendo regole proporzionate a ciascuna categoria, vietando alcune applicazioni di IA considerate inaccettabili.

A livello pratico, il ricorso agli strumenti digitali, incentivato dalle disposizioni normative sopra richiamate, non sembra aver apportato significativi mutamenti da un punto di vista formale, in quanto è stato conservato lo schema di procedimento amministrativo così come suddiviso nelle sue tipiche fasi, ovvero fase dell'iniziativa, istruttoria, decisoria e integrativa dell'efficacia ⁽⁶⁾. La vera trasformazione si è realizzata, invece, sotto il profilo sostanziale, dove sono emersi molteplici elementi di novità rispetto alle modalità di svolgimento tradizionalmente adottate. Queste innovazioni hanno investito non tanto la fase dell'iniziativa (dove più semplicemente l'avvio del procedimento potrebbe essere oggetto di comunicazione da parte dell'intelligenza artificiale), quanto la fase istruttoria, che costituisce il cuore del procedimento amministrativo. Quest'ultima, infatti, risulta caratterizzata da molteplici elementi di discontinuità rispetto ai moduli operativi tradizionali, che si sono accentuati progressivamente nel tempo, in quanto si è passati da un uso strumentale dell'intelligenza artificiale, quale mero supporto dell'attività di raccolta delle informazioni svolta dal responsabile del procedimento, all'impiego di strumenti di *big data* e *machine learning* in grado di scambiare dati tra i sistemi informativi, acquisirli e effettuare valutazioni secondo istruzioni predeterminate, favorendo, così, la completa automatizzazione della decisione amministrativa.

Inoltre, la fase istruttoria ⁽⁷⁾ è governata dal principio inquisi-

ligence Act Europeo: alcune questioni di implementazione, in *Federalismi*, 2024, 2, 95. Per uno studio approfondito in tema di "diritto del rischio" il riferimento principale è A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, *passim*; Id., *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, 1-2, 63 ss.

⁽⁶⁾ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 59; M.S. GIANINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 3^a ed., 1993, 122.

⁽⁷⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, Napoli, 2024, 182.

torio per cui il responsabile del procedimento accerta “d’ufficio i fatti” e, mancando una tipizzazione dei mezzi istruttori, può compiere tutti gli accertamenti che reputa necessari e con le modalità che ritiene più idonee, evitando di aggravare il procedimento più di quanto necessario nel rispetto dei principi di efficienza ed economicità a cui l’azione amministrativa deve sempre essere improntata (art. 1 comma 2. L. n. 241/1990). Proprio per la realizzazione dei principi suddetti, l’attività istruttoria deve essere svolta tramite l’impiego di infrastrutture digitali, che garantiscano il coordinamento e l’interconnessione dei dati, come previsto dall’articolo 3-*bis* l. 241/1990 ⁽⁸⁾, e dagli artt. 2, 12 e 15 d.lgs. 82/2005 ⁽⁹⁾. Per il perseguimento di questi obiettivi è risultata fondamentale l’istituzione, in ogni pubblica amministrazione, del fascicolo informatico ⁽¹⁰⁾. Si tratta di un innovativo sistema di archiviazione elettronica che costituisce l’infrastruttura di ogni attività istruttoria (art. 41 d.lgs. 82/2005) e che permette di raccogliere e organizzare su un unico supporto digitale tutti i principali atti di uno specifico procedimento, garantendo, senza limiti

(8) L’art. 3-*bis* della l. n. 241/1990 è stato, però, nel tempo ulteriormente ‘potenziato’ con la novella di cui all’articolo 12, comma 1, lettera b), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 e oggi prevede che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati», utilizzando, quindi, il presente indicativo di stampo imperativo. In quest’ottica la norma consacra lo strumento digitale come mezzo naturale e fisiologico dell’attività amministrativa avente rilevanza sia interna che esterna.

(9) G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale, machine learning e istruttoria procedimentale: vantaggi, limiti ed esigenze di una specifica data governance*, in *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione*, Bologna, vol. II, 2022, 75 ss.; F. CARDERELLI, *Uso della telematica*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, 421 ss.; G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018; E. CARLONI, *La riforma del Codice dell’amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 469 ss.; M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell’amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 10, 2016, 2535 ss.; F. MERLONI, *Introduzione all’e-government: pubbliche amministrazioni e società dell’informazione*, Torino, 2005, *passim*.

(10) A. MASUCCI, *La “telematizzazione” del procedimento amministrativo. Primi lineamenti*, in AA.VV., *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di L.R. PERFETTI, Padova, 2008, 237.

spazio-temporali, la possibilità a tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento stesso di consultare gli atti relativi e agli interessati di esercitare i propri diritti partecipativi, nel rispetto delle condizioni previste dalla normativa vigente (art. 41, comma 2-*bis*, d.lgs. 82/2005). Inoltre, il responsabile del procedimento ⁽¹¹⁾ (art. 6, lett. b, l. 241/1990; art. 41 d.P.R. 445/2000) si serve dell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, non solo per raccogliere dati rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento amministrativo, ma anche per accertare la veridicità di quanto dichiarato dagli intervenuti, accedendo alla Piattaforma digitale nazionale dati (PDND) ⁽¹²⁾, all'Anagrafe nazionale assistiti ⁽¹³⁾ o ad altre banche dati.

L'impiego di questi strumenti digitali ha rinnovato il procedimento amministrativo, garantendo lo scambio di dati, documenti, atti, nonché ha garantito l'interoperabilità dei sistemi tra le diverse pubbliche amministrazioni ⁽¹⁴⁾. I sistemi di intelligenza artificiale sono in grado di ricavare in modo automatico e generalizzato i dati, sulla base di valutazioni di carattere statistico, elaborando un quantitativo rilevante di informazioni ad una velocità particolarmente elevata, favorendo il superamento del tradizionale modo di conoscere dell'amministrazione per singoli procedimenti ammi-

⁽¹¹⁾ P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, *passim*; I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Torino, 202, 78.

⁽¹²⁾ La Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) è stata istituita dall'articolo 50-*ter*, comma 2 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (CAD) e resa operativa nell'ottobre 2022, come parte del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Il suo scopo è favorire l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle banche dati delle pubbliche amministrazioni.

⁽¹³⁾ L'Anagrafe Nazionale degli Assistiti (ANA) è stata istituita dall'art. 62-*ter* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (CAD), nell'ambito del Sistema Tessera Sanitaria, quale banca dati unica di tutti gli assistiti del Servizio Sanitario Nazionale, al fine di rafforzare il monitoraggio della spesa del settore sanitario, accelerare il processo di automazione amministrativa e migliorare i servizi erogati ai cittadini.

⁽¹⁴⁾ A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2020, 1738 ss.

nistrativi e assicurando il rispetto del principio della completezza dell'istruttoria. Tuttavia, questo innovativo modello di formazione della volontà amministrativa non è scevro da criticità che potrebbero derivare da una sua non totale intellegibilità da parte del responsabile della fase istruttoria, come si sta per vedere.

2. La partecipazione ai procedimenti automatizzati e la ragionevolezza di un'istruttoria automatizzata: criticità.

Lo sviluppo tecnologico e digitale, che ha trasformato l'attività delle pubbliche amministrazioni, sebbene porti con sé vantaggi ⁽¹⁵⁾ legati al perseguimento di elevati *standards* di efficienza, efficacia ed economicità, nasconde numerose insidie legate all'opacità ⁽¹⁶⁾ degli algoritmi, le cui dinamiche sottese risultano, spesso, non facilmente intellegibili ⁽¹⁷⁾, non solo per il privato che generalmente non possiede le competenze tecniche per comprenderne il funzionamento, ma anche (e, a volte, soprattutto) per i funzionari amministrativi. Questo si verifica sia perché vengono preferiti algoritmi di autoapprendimento, sia a causa del costante aggiornamento dei *software* che non permette di conoscere, nel lungo termine, il processo argomentativo seguito dallo strumento digitale, causando una “drammatica carenza di trasparenza” ⁽¹⁸⁾. L'esigenza che emerge, soprattutto in quei procedimenti in cui si

⁽¹⁵⁾ I. ALBERTI, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. CAVALLO PERIN, Torino, 2021, 285 ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 196 ss.

⁽¹⁶⁾ D.U. GALLETTA – J.U. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, 1 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019, 147 ss.; B. MARCHETTI, voce *Amministrazione digitale*, in *Enc. Dir., Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 133; L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, 2022, 199 e ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, cit., 187 ss.

⁽¹⁷⁾ A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2020, 366 ss.

⁽¹⁸⁾ A. MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automazione algoritmica delle decisioni amministrative complesse*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli, 2019, 1105 ss.

perviene alla decisione ricorrendo a procedure automatizzate, è quella di rendere intelleggibile non solo il provvedimento finale, ma l'intero *iter* decisionale ⁽¹⁹⁾, con il fine di consentire agli interessati e alla comunità una maggiore conoscenza del funzionamento dell'algoritmo. Tuttavia, è molto difficile che questo possa realizzarsi nella pratica, a causa della complessità dell'elaborazione algoritmica e della molteplicità dei dati immessi a sistema, con la conseguenza che l'effettiva realizzazione del principio di buona amministrazione e delle garanzie che questa comprende risulta essere ostacolata dalla mancata conoscenza dei sistemi digitali impiegati. Tra le garanzie della buona amministrazione, in particolare, ad essere più gravemente pregiudicata dal ricorso all'algoritmo è la partecipazione dei cittadini, che, al contrario di quanto accade concretamente, dovrebbe rivestire un ruolo centrale nei procedimenti decisionali automatizzati, come sottolineato già nel Codice dell'amministrazione digitale, il cui art. 9 d.lgs. n. 82/2005 impone alle amministrazioni pubbliche di incentivare «ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico [...] anche attraverso l'utilizzo, ove previsto [...] di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi dell'atto da adottare». Si tratta di una disposizione che cerca di superare la *digital divide* esistente tra amministrazione e privati. I cittadini, anche alla luce di quanto previsto dal considerando 71 del Regolamento n. 679 del 2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, dovrebbero poter far valere i propri interessi anche in un procedimento amministrativo automatizzato, esercitando i propri diritti di partecipazione e conferendo, così, piena legittimità ed effetti-

(19) Secondo Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, la conoscibilità del meccanismo che porta alla decisione algoritmica deve essere garantita «in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare — e conseguentemente sindacabili — le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato».

vità al provvedimento adottato al termine del procedimento amministrativo. Il diritto di partecipazione è garantito anche dall'art. 10 della legge 241/1990, il quale prevede che la fase istruttoria debba essere aperta alla partecipazione di soggetti che abbiano il diritto di intervenire e di prendere parte al procedimento stesso, mediante la presentazione di memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento. La partecipazione ⁽²⁰⁾ è funzionale sia ai privati, in quanto garantisce il contraddittorio, ma anche all'amministrazione stessa che, raccogliendo dati dai quali desumere l'esistenza e la consistenza di determinati interessi, può esercitare correttamente il proprio potere. Tuttavia, garantire il diritto alla partecipazione al procedimento amministrativo può rivelarsi più complicato qualora le amministrazioni pubbliche decidano di ricorrere all'utilizzo di algoritmi di autoapprendimento, poiché, nel caso in cui la macchina dovesse governare totalmente la fase istruttoria, il momento di interlocuzione tra pubblico e privato potrebbe venir meno. Una tale prospettiva induce a ritenere che un procedimento automatizzato, carente (anche) di un momento partecipativo, oltre a prestare il fianco a profili di illegittimità derivanti dalla violazione di regole procedimentali, si pone in un più generale e censurabile contrasto con il corretto esercizio della funzione amministrativa per il fatto che l'istruttoria interamente automatizzata non consente una completa indagine sull'interesse pubblico da perseguire.

Osservazioni analoghe possono essere fatte anche rispetto alla coerenza dei procedimenti automatizzati con i principi di ragionevolezza e proporzionalità. È opportuno premettere che per ragionevolezza debba intendersi come il dovere del soggetto responsabile della fase istruttoria di trarre dalle prove che ha acquisito soltanto le deduzioni plausibili e disporre accertamenti integrativi qualora le prove raccolte risultino incomplete o incerte

⁽²⁰⁾ M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 283 ss.

(²¹). In altri termini, il connotato distintivo del principio di ragionevolezza è la capacità di orientare e, al tempo stesso, limitare l'esercizio del potere discrezionale nella fase istruttoria (²²), in modo tale che la decisione finale sarà il risultato di un *iter* procedimentale condotto seguendo regole logiche ed effettuando una valutazione comparativa (proporzionalità in senso stretto) e razionale dei vari interessi. Sulla base di questa ricostruzione si può ritenere che l'adozione di strumenti di intelligenza artificiale e di autoapprendimento (caratterizzati dall'assenza dell'esercizio di poteri discrezionali a monte) porti con sé il rischio, per la pubblica amministrazione, di adottare provvedimenti illegittimi per difetto di ragionevolezza e per difetto di motivazione (²³). Infatti, se la pubblica amministrazione ricorre ad algoritmi di *machine learning*, potrebbe risultare difficoltoso motivare il provvedimento per il funzionario che non conosce il funzionamento della macchina e, di conseguenza, non ha completa cognizione dell'*iter* logico da questa seguito e sotteso alla decisione finale. In conclusione, il ricorso a strumenti di intelligenza artificiale dovrebbe favorirsi in quanto capace di accelerare il procedimento amministrativo, ma senza sacrificare tutti quei principi e quelle garanzie a cui deve sempre essere improntata l'attività della amministrazione pub-

(²¹) F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 514.

(²²) È quello che emerge anche dallo studio di A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 290, secondo il quale l'indagine sulla ragionevolezza è stata filtrata «attraverso l'analisi dell'eccesso di potere e dei limiti all'esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione». Inoltre, in tal senso, può essere richiamata l'opinione di P.M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 34. Sul tema del principio della proporzionalità si veda V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, *passim*.

(²³) A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, *passim*. La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che «il fatto che il provvedimento venga emanato sulla scorta di una complessa operazione di calcolo produce l'opposto effetto di rafforzare, per certi versi, l'obbligo motivazionale in capo all'Amministrazione, la quale dovrà rendere la propria decisione finale non solo conoscibile, ma anche comprensibile»: così, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 14 novembre 2022, n. 7003.

blica, poiché tali principi assicurano l'adozione di una decisione ragionevole e proporzionata.

3. L'influenza delle nuove tecnologie sull'istruttoria processuale.

L'ingresso delle nuove tecnologie, comprese quelle emergenti, nell'attività della pubblica amministrazione, ha incrementato il ricorso a procedimenti decisionali automatizzati con molteplici riverberi nel processo amministrativo ⁽²⁴⁾ e, in particolare, nella sua fase istruttoria. Occorre premettere che nel processo amministrativo non vi è una vera e propria fase istruttoria autonoma, governata da un giudice istruttore, e nonostante il D.lgs del 2 luglio 2010 n. 104 dedichi ad essa il titolo III (*Mezzi di prova e attività istruttoria*), se ne può parlare solo in senso atecnico, quale insieme di attività ed operazioni dirette ad accertare i fatti rilevanti per addivenire alla decisione della lite ⁽²⁵⁾. Nel processo amministrativo è opinione consolidata che l'istruttoria probatoria ⁽²⁶⁾ sia fondata sul principio dispositivo, trattandosi di un processo di parti, temperato però dal c.d. metodo acquisitivo ⁽²⁷⁾. Difatti, l'art.

⁽²⁴⁾ R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in AA.Vv., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, Milano, 2024, 283.

⁽²⁵⁾ L. GIANI, *La fase istruttoria*, in AA.Vv., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, IX ed., Torino, 2023, 418-419.

⁽²⁶⁾ Per approfondimenti in tema di istruttoria processuale si veda: F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; F.G. SCOCA, *Commento all'art. 63*, in V. LOPILATO, A. QUARANTA (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 535 ss.; G. CORSO, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 2003, XVIII; C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4391 ss.; L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72 ss.; P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 85 ss.; C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2, 2020, 347 ss.; C.S. LUCARELLI, *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, Bologna, 2024; V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2024, 861 ss.; L.R. PERFETTI - G. PESCE, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Milano, 2024, *passim*.

⁽²⁷⁾ Cons. Stato., Sez. II, 7 gennaio 2022, n. 133 secondo cui «Pur essendo l'istruzione probatoria nel processo amministrativo governata, com'è noto, dal c.d. principio

64, primo comma, del Codice del processo amministrativo, pone l'onere della prova in capo alle parti, precisando che quest'ultime devono «fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni». Tuttavia, ogni qualvolta il ricorrente non sia nella disponibilità della prova piena, è sufficiente che produca un principio di prova ⁽²⁸⁾, in modo tale da permettere al giudice di esercitare i propri poteri officiosi ⁽²⁹⁾ per accertare quanto allegato dalle parti e disporre, se lo ritiene necessario, adempimenti istruttori integrativi (l'art. 64, terzo comma, recita, infatti, che «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»). Questa attenuazione del metodo dispositivo si giustifica in ragione dell'asimmetria sostanziale esistente, nella lite processuale, tra cittadino e pubblica amministrazione ⁽³⁰⁾. È, infatti, generalmente quest'ultima che detiene tutti gli atti e i documenti relativi al procedimento e dai quali è possibile ricavare i fatti rilevanti ai fini del giudizio. Questa disparità esistente tra le parti, quanto alla disponibilità della prova, rischia, inoltre, di essere amplificata proprio a causa dell'ingresso delle nuove tecnologie nell'attività

dispositivo, questo è attenuato dal metodo acquisitivo, in base al quale sul ricorrente non grava l'onere della prova ma l'onere del principio di prova, nel senso che egli è tenuto principalmente a prospettare al giudice adito una ricostruzione attendibile sotto il profilo di fatto e giuridico delle circostanze addotte, potendo il giudice acquisire d'ufficio gli elementi probatori indicati dalle parti ovvero ritenuti comunque necessari»; cfr., altresì, Cons. St., Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5726.

⁽²⁸⁾ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 2, 218; L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, *passim*. In giurisprudenza Cons. Stato, sez. V, 24 giugno 1961, n. 317; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 1983, n. 345.

⁽²⁹⁾ L'iniziativa officiosa riconosciuta al giudice amministrativo va, dunque, ad evidenziarne il ruolo più di garante della legittimità dell'azione amministrativa che di giudice vincolato al principio dispositivo delle parti. Per una trattazione più approfondita del tema si veda, altresì, M. TRIMARCHI, *Il giudizio di primo grado*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di P.M. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, Milano, 314 ss.

⁽³⁰⁾ V. FANTI, *Processo tributario e processo amministrativo: convergenze e divergenze*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2024, 861 ss.

della pubblica amministrazione e, in particolare, dall'opacità che caratterizza l'algoritmo, che sempre più frequentemente viene impiegato nel procedimento amministrativo, con inevitabili ripercussioni sul riparto dell'onere probatorio⁽³¹⁾. L'intellegibilità dell'algoritmo è limitata da motivi di carattere "strutturale", ovvero barriere di tipo tecnico che non possono essere facilmente superate, poiché richiedono particolari competenze informatiche digitali che non tutti possiedono⁽³²⁾. Difatti, il problema della difficile conoscibilità dell'algoritmo non si pone solo per i privati (cittadini e imprese), ma anche per la stessa pubblica amministrazione, in particolare quando la creazione dei sistemi automatiz-

(31) G. PESCE, *I poteri istruttori del giudice amministrativo e piattaforme intelligenti. Questioni vecchie e nuove sul principio "dispositivo con metodo acquisitivo"*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, Milano, 2024, 123. Volendo riportare un esempio pratico, suggerito e argomentato dallo stesso Autore, relativo all'esercizio da parte del giudice di poteri istruttori che possono trovare applicazione per arginare gli effetti altrimenti dirompenti dell'asimmetria tra privato e pubblica amministrazione, è possibile far riferimento all'ipotesi, nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica svolte con l'ausilio di tecnologie emergenti, in cui con il ricorso si censura che un concorrente non ha correttamente predisposto o caricato sulla piattaforma telematica la propria offerta o ha omissso la sottoscrizione digitale. Secondo la dottrina richiamata, a seguito del ricorso, la stazione appaltante, che gestisce la gara, si limita generalmente a replicare che l'offerta, oltre ad essere materialmente esistente, è anche valida. Per accertare la veridicità di tali affermazioni dovrebbe essere ammessa la possibilità per il privato e per il giudice di accedere all'algoritmo, ma questa viene negata. Di norma la questione si risolve con il rilevare che è sufficiente la presenza dell'offerta sulla piattaforma per desumere la completezza della stessa, in quanto il sistema non è predisposto per accettare offerte incomplete nelle sue parti essenziali. Invece, nelle procedure ad evidenza pubblica svolte senza l'impiego di piattaforme telematiche, nessun dubbio sorgeva sul dovere di depositare l'offerta nel suo formato cartaceo, la cui predisposizione non era assistita da una sorta di presunzione di legittimità derivante dal mero caricamento di un documento informatico al sistema telematico, né potevano opporsi impedimenti dovuti al malfunzionamento del sistema informatico adoperato dalla stazione appaltante. Inoltre, spesso neanche l'ordine del giudice amministrativo di esibire atti conservati sui registri distribuiti potrebbe consentire la produzione in giudizio dei documenti e delle offerte caricate sulla piattaforma telematica, poiché in questo caso la stazione appaltante potrebbe adempiere all'ordine chiedendo al gestore della piattaforma (di solito un soggetto esterno alla p.a.) di dare evidenza delle operazioni svolte, con conseguente impossibilità di contraddire le risultanze di questo accertamento tecnico, che presuppone l'accesso all'algoritmo.

(32) G. CARULLO, *Decisone amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inform.*, 2021, 3, 449.

zati, come generalmente avviene, è affidata a soggetti esterni ⁽³³⁾, oppure quando l'algoritmo è realizzato con particolari modalità. Si pensi, soprattutto, a quei sistemi di *machine learning*, per i quali non sempre è possibile ottenere informazioni sull'algoritmo, in cui le dinamiche sottese a numerosi processi decisionali rischiano spesso di restare oscure, intaccando, così, la trasparenza del procedimento amministrativo ⁽³⁴⁾. Proprio per queste ragioni l'ingresso delle nuove tecnologie nell'attività della pubblica amministrazione che si svolge su piattaforma telematica rischia di accentuare la distanza esistente tra la posizione della P.A. e quella del privato, che solo l'esercizio dei poteri officiosi del giudice può attenuare, con conseguente espansione del metodo acquisitivo ⁽³⁵⁾. Per valutare meglio se e in che modalità tale distanza possa in concreto amplificarsi, occorre riflettere sull'art. 46, comma 2, del c.p.a., secondo cui l'amministrazione, nel termine fissato ad essa per la costituzione, «deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio». Poiché la causa deve giungere, a norma di legge, istruita all'udienza di discussione — il che implica una valutazione del giudice sui fatti di causa — la necessità di esercitare poteri d'ufficio dovrebbe essere limitata ad alcuni aspetti ancora oscuri della controversia che nessuna delle parti è riuscita a chiarire con i soli documenti ⁽³⁶⁾.

Le ripercussioni che l'impetuoso sviluppo del digitale ha avuto sulla fase istruttoria del processo amministrativo non hanno riguardato, però, solo il riparto dell'onere probatorio, ma anche, più specificamente, la funzione giurisdizionale, condizionandone

⁽³³⁾ F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 53.

⁽³⁴⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, Napoli, 2024, 192.

⁽³⁵⁾ In questo senso il giudice può essere considerato “signore della prova”, come ricordava M. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1967, 2, 232.

⁽³⁶⁾ G. CORSO, *Per una giustizia amministrativa più celere*, in *giust.it*, 4.

profili estrinseci di rito, e, in qualche misura, sostanza ed essenza⁽³⁷⁾. Infatti, nonostante ad oggi manchi una normativa che disciplini l'impiego dell'intelligenza artificiale nel processo amministrativo⁽³⁸⁾, il giudice ricorre al suo utilizzo in via informale già da molto tempo. Nelle more che l'uso dell'intelligenza artificiale acquisisca una veste giuridica nel processo, ci si può interrogare sul ruolo che gli strumenti digitali e l'intelligenza artificiale possono assumere nel giudizio, nonché sulle modalità concrete con cui tali strumenti innovativi possono essere impiegati nell'istruttoria probatoria. Invero, non si dovrebbe ricorrere all'intelligenza artificiale per accertare la veridicità dei fatti dedotti in giudizio da ciascuna parte (secondo la tradizionale definizione di attività istruttoria come «attività diretta ad individuare nel mondo esterno al processo qual è il fatto effettivamente sussistente»⁽³⁹⁾), ma esclusivamente come *instrumentum* a supporto delle operazioni

(37) L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, 11.

(38) Il tema dell'utilizzo degli strumenti digitali nel processo può essere affrontato esclusivamente *de jure condendo*, in quanto, sebbene il 10 ottobre 2025 sia entrata in vigore la nuova Legge Delega in materia di intelligenza artificiale (l. 23 settembre 2025, n. 132, intitolata "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale"), questa appare generica e sommaria. Difatti, contiene una norma sostanzialmente in bianco che dà atto dell'esistenza di una riserva di umanità nel processo senza molto aggiungere: prevede, tra le "Disposizioni di settore" di cui al Capo II, all'art. 14 ("Uso dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria"), che «I sistemi di intelligenza artificiale sono utilizzati esclusivamente per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario, nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale. Il Ministero della giustizia disciplina l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale da parte degli uffici giudiziari ordinari. Per le altre giurisdizioni l'impiego è disciplinato in conformità ai rispettivi ordinamenti» (comma 1), e che «È sempre riservata al magistrato la decisione sulla interpretazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sulla adozione di ogni provvedimento» (comma 2). La stessa Legge Delega prevede, all'art. 22 ("Deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale"), che «Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con le procedure di cui all'articolo 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari e del Garante per la protezione dei dati personali, uno o più decreti legislativi per l'adeguamento della normativa nazionale al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'intelligenza artificiale, adottato dal Parlamento europeo nella seduta del 13 marzo 2024» (comma 1).

(39) C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 90.

di ricostruzione e verifica poste in essere dal giudice amministrativo, senza che esse assumano, dunque, alcuna valenza decisoria ⁽⁴⁰⁾. L'algoritmo dovrebbe essere inquadrato non come mezzo di prova *ex art. 63 c.p.a.*, ma come supporto dell'attività istruttoria svolta dal giudice. In questa ottica, si può ritenere ammissibile l'uso dell'algoritmo per una ricerca documentale "intelligente" (*id est*, il ricorso ad un *software* in grado di estrarre determinate informazioni dal cumulo degli atti acquisiti in giudizio), in quanto questa avrebbe un ruolo servente rispetto alle operazioni di ricostruzione e accertamento delle vicende compiute sostanzialmente dal giudice ⁽⁴¹⁾. Maggiori problematiche potrebbero, invece, derivare dall'impiego di mezzi di prova automatizzati, dati i molteplici rischi derivanti dalla sostanziale automazione del risultato probatorio e dal conseguente più arduo controllo logico-razionale del giudice sulle risultanze istruttorie, essendo oltremodo gravoso elaborare giudizi in contestazione o in alternativa ai fatti provati con tali mezzi istruttori ⁽⁴²⁾. Difatti, un'ulteriore criticità che potrebbe discendere dal ricorso a strumenti di intelligenza artificiale per effettuare valutazioni tecnico-scientifiche o accertamenti di fatti complessi, è quella del c.d.

⁽⁴⁰⁾ Più di recente è intervenuto il Regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale del 2024, il cui art. 6.2, attraverso il rinvio all'allegato III, annovera tra i sistemi ad alto rischio «i sistemi di IA destinati a essere usati da un'autorità giudiziaria o per suo conto per assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti, o a essere utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie»; importante è anche il considerando 61, dove si legge che «L'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana», pur facendo salve, le attività accessorie rispetto alla decisione. Riprendendo la formula del Regolamento, l'uso dell'IA è finalizzato ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e nell'interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti.

⁽⁴¹⁾ G. GALLONE, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, in *Judicium.it*, 2024, 10.

⁽⁴²⁾ R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, cit. 283.

impoverimento della realtà fattuale ⁽⁴³⁾. Infatti, considerato che l'algoritmo si basa su meccanismi di pre-implementazione di dati e informazioni, selezionati a priori, queste operazioni potrebbero causare una semplificazione della realtà rappresentata, con conseguente compromissione della completezza dell'istruttoria ⁽⁴⁴⁾. Emerge chiaramente, da queste considerazioni, la necessità di un bilanciamento tra le esigenze di celerità e speditezza probatoria, soddisfatte dall'impiego dell'algoritmo, e le garanzie del giusto processo ⁽⁴⁵⁾, che mai dovrebbero essere sacrificate dalle nuove prospettive di efficientamento processuale.

Il rapporto tra intelligenza artificiale e processo amministrativo, oltre a essere analizzato considerando la possibilità per il decisore di impiegare gli strumenti digitali con finalità probatorie, può essere valutato anche da un'altra prospettiva, ovvero quella relativa ai casi in cui il giudice può avvalersi della CTU e della verificaione ⁽⁴⁶⁾ per "accedere" all'algoritmo ⁽⁴⁷⁾. Sicuramente oggetto di esame può essere il *file di log*, ovvero quel file che contiene dati riguardanti tutte le operazioni svolte da un supporto informatico. Il *file di log*, in particolare, in sede di verificaione, è stato rilevante ai fini della ricostruzione, nelle procedure ad evidenza pubblica, di eventi malevoli verificatisi, al fine di poter comprendere, in modo più accurato, se le cause del malfunzionamento delle piattaforme digitali impiegate siano imputabili

⁽⁴³⁾ A. CARCATERRA, *Macchine autonome e decisione robotiche*, in AA.VV., *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, 33 ss.

⁽⁴⁴⁾ R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, cit., 283.

⁽⁴⁵⁾ L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 648-650, dove si afferma che il processo può definirsi "giusto" se rispetta le condizioni essenziali enunciate dall'art. 111, comma 2 (contraddittorio, parità delle parti, imparzialità e terzietà del giudice, ragionevole durata del processo).

⁽⁴⁶⁾ Si tratta di strumenti previsti dal comma 4 dell'art. 63 del c.p.a e di cui il giudice può disporre «qualora reputi necessario l'accertamento di fatti e l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche».

⁽⁴⁷⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, Napoli, 2024, 310.

o meno all'amministrazione. Sull'argomento, la giurisprudenza amministrativa ⁽⁴⁸⁾, in ordine ad una controversia avente ad oggetto il funzionamento/malfunzionamento della piattaforma telematica, a fronte della ricostruzione tecnica effettuata dalle parti, ha disposto la verifica, chiedendo ad AGID (Agenzia per l'Italia digitale) di esaminare il *file di log* fornito dal gestore della piattaforma e depositato in atti dall'amministrazione nell'ambito dei giudizi dinanzi al Tar. In tale decisione il giudice amministrativo ha chiesto di chiarire, altresì, se alla luce della documentazione prodotta, e in particolare di quella relativa ai *file di log*, fossero emersi, durante la fase di "caricamento" dell'offerta da parte dell'operatore economico, blocchi, rallentamenti o altre anomalie della piattaforma. La verifica è risultata di fondamentale importanza per comprovare il corretto funzionamento della piattaforma telematica di cui la pubblica amministrazione si era servita per svolgere la procedura ad evidenza pubblica oggetto di discussione. Inoltre, risulta evidente come gli strumenti di cui al comma quattro dell'art. 63 c.p.a. possano essere disposti per verificare eventuali errori delle informazioni inserite all'interno del *software*, oppure errori nell'interpretazione dell'*output*. Alla luce di quanto appena detto, non sembrano sussistere limiti agli elementi del *software* per cui il giudice può chiedere la CTU o la verifica.

Se si considera che il giudice potrebbe riscontrare delle oggettive difficoltà nella valutazione degli algoritmi non avendo, in materia, competenze tecniche adeguate, è possibile che decida di ricorrere tanto alla verifica quanto alla consulenza tecnica d'ufficio (quest'ultima solo se indispensabile). Infine, a complemento di quanto detto prima, vi sono due aspetti di particolare interesse a cui è possibile far riferimento. Il primo è che la CTU e la verifica garantiscono la trasparenza dell'algoritmo, permettendo al giudice di comprenderne il funzionamento, nonostante la generale impenetrabilità che lo caratterizza. Il secondo

(48) Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352.

aspetto riguarda il nodo relativo alla responsabilità amministrativa, che il ricorso agli strumenti forniti al giudice dal Codice del processo amministrativo permetterebbe di sciogliere ⁽⁴⁹⁾. A titolo esemplificativo, nelle procedure ad evidenza pubblica, a cui si fa nuovamente riferimento, è stato ritenuto sufficiente sottoporre a verificaione il *file di log* per accertare la responsabilità della pubblica amministrazione ⁽⁵⁰⁾. In conclusione, dunque, si può ritenere che disporre la CTU o la verificaione avente ad oggetto elementi del *software* potrebbe non solo aiutare il giudice nella conoscenza dei sistemi “intelligenti”, ma anche definire se del loro malfunzionamento è responsabile l’amministrazione per non aver vigilato (con conseguente condanna al risarcimento del danno), oppure se sono state determinanti cause esterne ⁽⁵¹⁾.

4. Malfunzionamento piattaforma telematica e onere della prova: analisi giurisprudenziale.

Come sopra evidenziato, l’operato della pubblica amministrazione è stato caratterizzato negli ultimi decenni da un sempre più frequente ricorso all’impiego di strumenti digitali, con inevitabile incremento dei casi in cui il giudice amministrativo istruisce e decide controversie aventi ad oggetto il funzionamento di piattaforme telematiche. Venendo più nello specifico, occorre a questo punto analizzare il riparto dell’onere probatorio, disciplinato dall’art. 63 del Codice del processo amministrativo, in riferimento a casi pratici attinenti all’utilizzo di piattaforme digitali nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica. Innanzitutto, si ricorda come già il primo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), pur non contenendo una disciplina sistematica sulla digitalizzazione, includeva norme atte a incentivare l’utilizzo di strumenti digitali nella gestione delle procedure a evidenza pubblica, ribadendo l’obbligo per le pubbliche amministrazioni

⁽⁴⁹⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, cit., 316.

⁽⁵⁰⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, cit., 316.

⁽⁵¹⁾ M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale*, cit., 316.

di conformarsi a quanto previsto dal Codice dell'amministrazione digitale. Solo successivamente, con il d.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50, l'uso degli strumenti informatici è stato incentivato e con il d.lgs del 31 marzo 2023, n. 36, si è arrivati a digitalizzare l'intero «ciclo di vita» dei contratti pubblici (programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione) ⁽⁵²⁾. L'utilizzo degli strumenti informatici è stato favorito non soltanto perché si riducono, in tal modo, i casi di errore umano, ma anche perché attraverso tali strumenti si garantisce imparzialità, tracciabilità e controllo di tutte le operazioni, salvaguardando, così, anche il rispetto della legalità. Per queste ragioni nella prassi sono stati molteplici i casi in cui le amministrazioni hanno deciso e imposto agli operatori economici l'impiego di piattaforme telematiche per lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, inizialmente con funzione esclusivamente accessoria, servente e strumentale, fino ad una loro completa automatizzazione. Tuttavia, il ricorso a tali sistemi, sebbene abbia avuto un impatto positivo in termini di speditezza ed efficientamento delle procedure, ha fatto emergere varie problematiche relative a casi di funzionamento/malfunzionamento delle piattaforme telematiche, sulle quali il giudice amministrativo è stato più volte chiamato a pronunciarsi, analizzando anche quelle che sono le modalità con cui dovrebbe avvenire il riparto dell'onere della prova in queste circostanze. Come già innanzi evidenziato, la disciplina generale (l'art. 63, primo comma, c.p.a) pone l'onere della prova ⁽⁵³⁾ in capo alle parti, ammettendo che il giudice amministrativo possa disporre d'ufficio l'acquisizione di chiarimenti o documenti. L'art. 64, primo comma, precisa che «spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni», per

⁽⁵²⁾ Si veda per maggiori approfondimenti D. GAMBETTA, *Digitalizzazione*, in AA.Vv., *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023*, n. 36, a cura di V. FANTI, Napoli, 2023, 93 ss.

⁽⁵³⁾ F. SAITTA, *La distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, tra principi e regole*, in *Il Processo*, 1, 2025, 105 ss.

cui è la parte che ne può trarre giovamento a dover provare i fatti posti a fondamento della propria domanda, in linea con quanto previsto dall'art. 2697 c.c. Nel caso in cui la prova non sia nella piena disponibilità delle parti, il giudice può esercitare d'ufficio poteri istruttori per l'accertamento dei fatti allegati, acquisendo documenti nella disponibilità della pubblica amministrazione. Dall'analisi di varie pronunce giurisprudenziali (di cui si vedrà in seguito) aventi ad oggetto l'esclusione di operatori economici dalle procedure ad evidenza pubblica a causa di problemi tecnici relativi alla piattaforma telematica adoperata, è emerso che l'onere della prova è generalmente in capo al ricorrente (ovvero all'operatore economico) che deve fornire — se non è nella disponibilità della prova piena — quantomeno un mero indizio o principio di prova a sostegno delle sue ragioni e che, pertanto, attesti il malfunzionamento della piattaforma telematica imputabile alla pubblica amministrazione. Invero, la tesi sostenuta in giudizio deve essere sempre suffragata da prove e non da generiche affermazioni o supposizioni ⁽⁵⁴⁾; inoltre, affinché il giudice possa esercitare il proprio potere acquisitivo e, come prevede l'art. 64, terzo comma, c.p.a., «disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione», è sufficiente che il ricorrente allegghi un “principio di prova”. Per principio di prova si intende una rappresentazione dei fatti che, per assurgere al rango di indizio di prova, deve essere sufficientemente circostanziata, così da prospettare uno schema attendibile di ricostruzione storica e giuridica degli avvenimenti ⁽⁵⁵⁾. Una volta che il ricorrente abbia adempiuto a questo onere attenuato, il giudice amministrativo può distribuire razionalmente l'onere della prova e su-

(54) La giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Trentino-Alto Adige, 13 febbraio 2020, n. 24) non ha ritenuto sufficienti ai fini probatori gli “*screenshot*” prodotti dal ricorrente in quanto utili a “provare” unicamente l'esistenza del problema, ma non l'astratta riferibilità al portale tematico.

(55) P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva “temperata”*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 107 ss.

perare l'asimmetria esistente tra la posizione della PA e quella del privato attraverso l'esercizio d'ufficio di poteri istruttori. L'onere di provare i fatti che adduce il ricorrente grava sulla pubblica amministrazione, che, nel costituirsi in giudizio, deve produrre, oltre al provvedimento impugnato, anche atti e documenti utili ai fini della decisione, come previsto dall'art. 46 c.p.a.; se non adempie, il giudice può ordinarle di assolvere al suo onere probatorio, dimostrando l'assenza di malfunzionamenti (ad es. depositando il *file log*) e l'imputabilità della mancata trasmissione dell'offerta al ricorrente. La giurisprudenza amministrativa ritiene che, nel caso in cui non sia possibile comprovare con certezza se la mancata trasmissione dell'offerta sia da imputare a un errore del singolo operatore economico, ovvero se questa sia stata impedita da un vizio del sistema informatico imputabile alla stazione appaltante, «le conseguenze degli esiti anormali del sistema non possono andare a detrimento dei partecipanti, stante la natura meramente strumentale del mezzo informatico» ⁽⁵⁶⁾, nonché i principi di *par condicio* e di *favor participationis*. Dunque, l'operatore economico potrà godere del diritto di essere rimesso in termini, non solo se riesce a provare il malfunzionamento della piattaforma telematica, come previsto dall'art. 25, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, ma anche in caso di assoluta impossibilità di provare le ragioni della mancata trasmissione. Per cui, in caso di “causa ignota”, la responsabilità ricadrebbe sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara⁵⁷. Viceversa, il «meccanismo di sospensione e proroga non può mai operare in caso di comprovata negligenza dell'operatore economico, il quale — benché reso edotto *ex ante* (grazie a regole chiare e precise contenute nella *lexspecialis*) delle modalità tecniche di presentazione telematica dell'offerta e dell'opportunità di attivarsi con congruo anticipo — non ha provato di essersi attivato tempestivamente per portare

⁽⁵⁶⁾ Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8348; Cons. Stato, sez. III, 07 gennaio 2020, n. 86; Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922.

⁽⁵⁷⁾ Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86; T.A.R. Palermo, sez. II, 1 febbraio 2024, n. 383.

a termine le operazioni di *upload* nei tempi tecnici necessari» ⁽⁵⁸⁾. Questa generale previsione, ad avviso della giurisprudenza amministrativa, non dovrebbe, però, trasformarsi in un ribaltamento sproporzionato dell'onere della prova a carico della stazione appaltante e, quindi, nella fondatezza, in assenza di piena prova contraria, di qualsiasi allegazione di malfunzionamento della piattaforma telematica ⁽⁵⁹⁾.

5. Conclusioni.

Indubbiamente l'intelligenza artificiale sta apportando notevoli vantaggi sia nel procedimento che nel processo amministrativo, in termini di maggiore rapidità, precisione e affidabilità delle operazioni, nonostante venga percepita come un fenomeno non del tutto privo di criticità e limiti. Difatti, l'uso dell'intelligenza artificiale, sia nell'istruttoria procedimentale che nell'istruttoria processuale, complica inevitabilmente il quadro relativo all'accertamento del fatto posto a fondamento dell'esercizio del potere, in quanto l'uso delle tecnologie emergenti e dell'intelligenza artificiale, nel procedimento amministrativo prima e nel processo poi, apre nuove prospettive sulla difficile relazione tra umanità e automazione, nella valutazione dei fatti complessi, anche in considerazione alla non sempre facile intellegibilità delle risultanze prodotte dall'impiego dell'intelligenza artificiale ⁽⁶⁰⁾.

Nel procedimento amministrativo e, in particolare, nella fase istruttoria, le riserve maggiori sono emerse rispetto all'ipotesi di totale automazione delle operazioni svolte dall'amministrazione, poiché, anche nel caso in cui gli strumenti informatici adottati

⁽⁵⁸⁾ T.A.R. Palermo, Sicilia, sez. II, 1 febbraio 2024, n. 383; T.A.R. Palermo, Sicilia, sez. II, 24 giugno 2024, n. 2038.

⁽⁵⁹⁾ In generale, se un operatore economico riesce a dimostrare di aver caricato la documentazione entro i termini stabiliti e che il mancato invio è stato dovuto a un problema della piattaforma, l'onere della prova potrebbe spostarsi sulla stazione appaltante, che deve dimostrare che il malfunzionamento non ha impedito la corretta partecipazione alla gara (Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86)

⁽⁶⁰⁾ R. DAGOSTINO, *I mezzi di prova*, in AA.VV., *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI - G. PESCE, cit., 283.

pervengano ad un elevato grado di precisione, il loro impiego non può mai sostituirsi totalmente all'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio, che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere. Per queste ragioni, al fine di garantire nel procedimento il rispetto degli istituti di partecipazione, interlocuzione, di acquisizione degli apporti collaborativi forniti dal privato e degli interessi coinvolti, il funzionario amministrativo responsabile del procedimento deve governare gli strumenti digitali ai quali dovrebbe essere riservato un ruolo strumentale e mai surrogatorio dell'attività dell'uomo ⁽⁶¹⁾. Questi deve seguire ad essere il *dominus* del procedimento, all'uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte per il suo svolgimento ⁽⁶²⁾. La totale automatizzazione della fase istruttoria contrasterebbe, infatti, non solo con il principio della trasparenza e con l'istituto della partecipazione procedimentale, ma anche indirettamente con l'obbligo di motivazione del provvedimento finale sancito dall'art. 3, comma 1, L. 241/1990, «con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al giudice, di percepire l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentale» ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Da ultimo, cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4297, dove si afferma che «il ricorso a strumenti informatici nelle procedure amministrative costituisce una modalità agevolata di istruttoria, senza che il singolo strumento – per quanto qualificabile in termini di intelligenza artificiale – possa, da un lato, derogare alle regole normative ed ai criteri posti a presupposto della singola procedura, e dall'altro lato, essere sottratto alla trasparenza nonché alla imputabilità all'amministrazione procedente. Quest'ultima è chiamata a verificare la correttezza del funzionamento dello strumento istruttorio utilizzato e la relativa coerenza agli obiettivi ed alle regole dettate, in coerenza al principio di legalità, per l'esercizio del potere in esame».

⁽⁶²⁾ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9224. Si veda G.C. DI SAN LUCA - M. PADALINO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Federalismi.it*, 4, 2025, 131.

⁽⁶³⁾ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 10 settembre del 2018, n. 9224.

Per quanto attiene al processo amministrativo, la centralità del ruolo del giudice deve essere preservata, in particolare, con riguardo al momento in cui viene assunta la decisione ⁽⁶⁴⁾. La “giurisdizione” di cui al Titolo IV della Parte II della Costituzione è per sua natura eminentemente umana (al pari della pubblica amministrazione, *ex artt.* 97 ss. Cost.) e, pertanto, ruota attorno alla persona fisica del giudice ⁽⁶⁵⁾. Lo stesso art. 111 Cost. riferisce, infatti, al magistrato (e non alla macchina) attributi di terzietà e imparzialità. Da ciò si evince che il ricorso all’intelligenza artificiale deve necessariamente essere circoscritto a mero supporto all’attività del giudice e mai potrebbe sostituirsi a quest’ultimo nell’esercizio del potere decisionale. Più nello specifico, nell’istruzione probatoria, gli strumenti informatici possono essere impiegati come mezzo di ricerca della prova o possono essere essi stessi oggetto di prova, di modo da colmare le carenze conoscitive tecniche che il giudice può riscontrare nell’approccio con l’algoritmo, svolgendo un ruolo di ausilio nel processo decisionale.

Infine, da una visione complessiva emerge che tanto nell’istruttoria procedimentale quanto nell’istruzione probatoria processuale, l’impiego di dispositivi di intelligenza artificiale trova una limitazione nella necessaria “riserva di umanità” ⁽⁶⁶⁾, quale principio trasversale dell’intero diritto amministrativo. Questo principio è stato da ultimo annoverato tra i punti fermi su cui deve fondarsi il rapporto tra innovazione e attività amministrativa da una recente pronuncia del giudice amministrativo ⁽⁶⁷⁾, riguardante una controversia avente ad oggetto l’uso degli algoritmi nell’ambito delle procedure di gara: in tale decisione si è evidenziato come, sebbene si stia propendendo sempre più verso l’ado-

⁽⁶⁴⁾ Così G. GALLONE, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell’IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, cit.

⁽⁶⁵⁾ G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagini sui limiti dell’automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023, 208.

⁽⁶⁶⁾ G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagini sui limiti dell’automazione decisionale tra procedimento e processo*, cit., *passim*.

⁽⁶⁷⁾ Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929.

zione di strumenti tecnologici avanzati, il ricorso agli algoritmi debba essere accompagnato da adeguata supervisione umana e da un'informazione comprensibile, accessibile e verificabile, a tutela dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza.

ABSTRACT: Il contributo analizza come il fenomeno del ricorso agli strumenti digitali, anche di intelligenza artificiale, da parte delle pubbliche amministrazioni, abbia inciso sulle modalità di svolgimento dell'istruttoria procedimentale e processuale. La riflessione si concentra, in una prima parte, sui vantaggi apportati dall'IA in seno alla fase istruttoria del procedimento amministrativo e legati, in particolare, al perseguimento di elevati *standards* di efficienza, efficacia ed economicità, senza tacere sulle criticità derivanti dall'opacità degli algoritmi. Nella seconda parte, il contributo pone l'accento sulle modalità con cui il giudice amministrativo può trovare negli strumenti digitali dei validi mezzi a supporto dell'attività di istruzione probatoria che lo stesso è chiamato a svolgere per poter addivenire alla risoluzione della lite. Infine, il contributo riflette sulle ripercussioni che lo svolgimento del procedimento amministrativo in forma automatizzata ha sul processo amministrativo e, in particolare, sull'onere della prova.

ABSTRACT: *This paper analyzes how the use of digital tools, including artificial intelligence, by public administrations has affected the way in which preliminary investigations and proceedings are conducted. The first part focuses on the advantages brought by AI in the preliminary phase of administrative proceedings, particularly in terms of pursuing high standards of efficiency, effectiveness and cost-effectiveness, without ignoring the critical issues arising from the opacity of algorithms. In the second part, the contribution emphasises how administrative judges can find valuable tools in digital instruments to support the evidentiary investigation they are called upon to carry out in order to resolve disputes. Finally, the paper reflects on the repercussions that the conduct of administrative proceedings in automated form has on the administrative process and, in particular, on the burden of proof.*

Brevi considerazioni in materia di onere della prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria e dello Statuto dei diritti del contribuente

DI FRANCO GALLO

1. Ci soffermeremo oggi su quelle disposizioni recate dalla legge n. 130 del 31 agosto 2022 e dai decreti attuativi della successiva legge delega n. 111 del 9 agosto 2023 che, almeno ad avviso della maggioranza della dottrina, dovrebbero costituire un'importante svolta nella disciplina della prova nel processo tributario. Qui mi intrattengo in via introduttiva solo sul disposto centrale dell'art. 6 della legge n. 130 che, introducendo nell'art. 7 del d.lgs. n. 546/1992 un nuovo comma 5-*bis*, ha stabilito, da una parte, che «l'amministrazione deve provare in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato» e, dall'altra, che «il giudice deve fondare la (sua) decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annullare l'atto impositivo se la prova della fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa e l'irrogazione delle sanzioni».

Dico subito che si è un po' tutti d'accordo nel ritenere che, in termini teorici, la nuova norma costituisce – sarebbe meglio dire dovrebbe costituire – un primo passo avanti verso un processo tributario maturo e, soprattutto, “giusto” *ex art. 111 Cost.* sotto il profilo del contraddittorio e della parità delle parti. Pur non stra-

volgendo “a monte” il tradizionale assetto del sistema in tema di distribuzione dell’onere della prova ai sensi dell’art. 2697 c.c., essa esprime infatti quantomeno la positiva volontà del legislatore di innovare le regole con cui questo onere deve funzionare in concreto. Anche se, forse esagerando, è stata considerata da Alessandro Giovannini ⁽¹⁾ “una mistura di parole prive di sorveglianza anche stilistica”, mi pare che l’innovazione da essa introdotta sia almeno sul piano teorico importante, perché introduce in capo all’Amministrazione finanziaria il più rigoroso dovere di dare in giudizio una prova esatta, circostanziata, puntuale e specifica dei fondamenti di fatto della maggiore pretesa impositiva e delle relative sanzioni. Una prova, cioè, basata non più su un qualunque elemento argomentativo, ma solo su elementi dotati di uno specifico rango dimostrativo in grado di avvalorare in modo compiuto e completo la pretesa a giudizio; con la conseguenza che gli atti tributari che dovessero risultare privi di “ragioni oggettive” perché non adeguatamente provati dall’Amministrazione sarebbero considerati illegittimi.

Sono, quindi, d’accordo con coloro che hanno ritenuto che con tale disposizione il legislatore abbia inteso imprimere al giudizio tributario la stessa impronta garantista che caratterizza il processo penale. In effetti, così come nel processo penale l’imputato deve essere assolto «quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova...» (art. 530 c.p.p.), allo stesso modo nel processo tributario l’atto deve essere annullato «quando la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o [...] è comunque insufficiente...». Sotto questo aspetto sono apprezzabili quelle linee di pensiero portate avanti soprattutto da Viotto e Golisano ⁽²⁾ i quali, muovendo dal menzionato parallelismo, hanno osservato

⁽¹⁾ A. GIOVANNINI, *Sulla presunzione di onestà del contribuente e sulle prove*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2/2023.

⁽²⁾ Cfr. A. VIOTTO, *Prime riflessioni sulla riforma dell’onere della prova nel giudizio tributario*, in *Rass. trib.*, n. 2/2023, 336. In senso analogo, M. GOLISANO, *Riflessioni in ordine all’impatto del nuovo comma 5-bis, art. 7, D.Lgs. n. 546/1992 in riferimento alle imposte indirette*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 15 giugno 2023, 4.

come la nuova norma, sostituendo alla regola della “*preponderance of evidence*” di derivazione civilistica la regola della “*clear and convincing evidence*” assai prossima al modello penale, abbia inteso “spazzare via” ogni retaggio della regola *in dubio pro fisco* e, conseguentemente, sancire la regola opposta dell’*in dubio pro contribuente*, da “declinare” nel senso che la prova, che l’Amministrazione produce in giudizio, deve condurre a ritenere la pretesa fondata *al di là di ogni ragionevole dubbio*.

È proprio in ciò che risiede a mio avviso, almeno in termini teorici, il pregio della riforma. Non deve infatti dimenticarsi che, nel porre a carico dell’Amministrazione finanziaria un onere probatorio dotato di quel “livello minimo” di robustezza che consente al Giudicante di formarsi il convincimento della fondatezza del credito erariale *al di là di ogni ragionevole dubbio*, il legislatore ha voluto finalmente alleggerire (direi “riequilibrare”) la posizione del contribuente. E ciò ha fatto frapponendo rigidi paletti in termini di qualità e valutazione delle prove di natura presuntiva che devono essere addotte dall’AF ed evitando così di scaricare su di esso oneri probatori difficili se non addirittura impossibili da soddisfare. Non possono non condividersi, al riguardo, quelle osservazioni di Pasquale Russo ⁽³⁾ che evidenziano letteralmente come il nuovo comma 5-*bis* abbia, a ben vedere, inteso «metter un argine alla deriva giurisprudenziale nel ricorrere con frequenza a presunzioni semplici a carico del contribuente che o sono [...] prive di valore inferenziale, o rilevano quali meri indizi come tali da soli non [idonei ad] assurgere a dignità di prova».

Ovviamente ciò non significa che le presunzioni semplici non possano continuare a trovare ingresso nel processo tributario quali prove “per induzione”. Esse non si differenziano infatti, per funzione e struttura, da quelle disciplinate dagli artt. 2727 e 2729 cod. civ., costituendo una prova in senso proprio e, più precisamente, una prova piena, indiretta e critica. Significa solo

⁽³⁾ P. Russo, *Problemi in tema di prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria*, in *Riv. tel. dir. trib.*, n. 2/2022.

che esse, perché si rivelino idonee a fondare la pretesa a giudizio, «debbono possedere in sé – come dice Alessandro Giovannini – il tratto della più alta approssimazione possibile del fatto ignorato alla storicità degli accadimenti». Il che è come dire che, come nel processo penale ai sensi dell'art. 192 c.p.p. le presunzioni assurgono a mezzo di prova a condizione che gli elementi indiziari determinino nell'organo giudicante «un'elevata intensità persuasiva di ogni singolo strumento gnoseologico indiziario», così nel processo tributario il giudice ben potrà – alla luce del nuovo comma 5-bis – ammettere la presunzione fondata su un “quadro indiziaro”, sempre che sia connotata dai requisiti di gravità, precisione e concordanza. Sarà, perciò, una prerogativa del Giudice tributario verificare in concreto che gli elementi indiziari «non si contraddicano o si elidano vicendevolmente, dovendo tutti concorrere a favore di una ricostruzione possibile» tale per cui non residuino significativi margini di dubbio circa la fondatezza della pretesa portata a giudizio.

2. Si deve però constatare che, a fronte di una lodevole giurisprudenza delle Corti di merito nel senso di cui ho finora detto, la Corte di Cassazione ha invece optato per una lettura svalutativa della nuova previsione, affermando – leggo i passaggi cruciali – che «il comma 5-bis dell'art. 7 d.lgs. n. 546/1992»:

- 1) non ha comportato «alcuna inversione della normale ripartizione dell'onere probatorio», né ha precluso «il ricorso alle presunzioni semplici [...] ossia agli indizi che, se gravi, precisi e concordanti, integrano ex artt. 2727 e 2729 cod. civ. la prova richiesta dall'art. 2697 c.c.»;
- 2) ha, viceversa, soltanto formalizzato «una regola generale già ricavabile dal sistema» (ossia quella secondo cui “spetta all'Amministrazione dimostrare il fondamento della pretesa avanzata nei confronti del contribuente”) in coerenza «con le...modifiche legislative in tema di prova, che assegnano all'istruttoria dibattimentale un ruolo centrale».

Tale ricostruzione – che ha condotto a pronunce sempre con-

fermative della sostanziale legittimità degli atti fondati sull'esclusivo utilizzo di presunzioni *pro-fisco* – non è condivisibile nella misura in cui essa, muovendo dai suddetti assunti, perviene alla conclusione che la nuova previsione normativa non ha stabilito «un onere probatorio diverso o più gravoso rispetto ai principi già vigenti in materia» e, conseguentemente, non «ha fissato limiti di sorta al modo in cui la [prova] deve essere fornita» e, quindi, valutata dal giudice.

Che invece l'Amministrazione sia tenuta a dimostrare “a 360 gradi” la pretesa a giudizio, senza potersi “appiattare” su un isolato corredo indiziario, è a mio avviso un caposaldo sorretto da due ordini di ragioni.

La prima è di carattere generale. Basta ricordare che, già nel contesto delle diverse sedute parlamentari che hanno condotto all'approvazione del novellato comma 5-*bis*, si è a più riprese evidenziata l'esistenza di «un principio nel nostro ordinamento, ... che pone a carico dell'amministrazione tributaria l'onere della prova della sua pretesa impositiva e non [...] lo scarica tutto a carico del contribuente come finora è stato...».

La seconda ragione è più specifica. Essa porta a ritenere che la lettura offerta dalla Cassazione è destinata ad assumere una connotazione sostanzialmente apodittica a seguito delle suddette modifiche legislative in tema di motivazione apportate allo Statuto dei diritti del contribuente. Basta osservare infatti che, in attuazione della legge delega n. 111/2023 per la riforma fiscale – che fissa il preciso obiettivo di «rafforzare l'obbligo di motivazione degli atti impositivi, anche mediante l'indicazione delle prove su cui si fonda la pretesa” – è oggi espressamente posto in capo all'Amministrazione finanziaria l'obbligo di indicare in maniera circostanziata, nella parte motivazionale degli atti impositivi e sanzionatori, anche le prove raccolte a supporto della tesi accertativa, dovendosi in loro mancanza procedere all'annullamento di essi» (cfr. art. 7, co. 1 dello Statuto, come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. f), del d.lgs. n. 219/2023). E poiché per effetto di tali modifiche normative la “prova” – che l'Amministrazione fi-

nanziaria deve rendere in modo chiaro, preciso e puntuale – è adesso anticipata ed esplicitamente “relegata” al momento del “confezionamento” sia dell’atto impositivo che di quello sanzionatorio, dovrebbe ritenersi che è venuto, di conseguenza, meno anche l’unico argomento a sostegno dell’interpretazione “svalutativa” adottata finora dalla giurisprudenza di legittimità. Non è più corretto, cioè, ritenere – come ha ritenuto finora la Cassazione – che... «la norma in commento non ha fatto altro che confermare un principio immanente nell’ordinamento tributario” in coerenza “con le [...] modifiche legislative in tema di prova, che assegnano all’istruttoria dibattimentale un ruolo centrale». Quell’«istruttoria dibattimentale» richiamata dalla Cassazione a fondamento del proprio convincimento assume ora un ruolo marginale se si considera che, in aggiunta a quanto appena ricordato circa il momento di “formazione” della prova in una fase anticipata al giudizio:

- da una parte, il giudice tributario, nell’esercizio dei propri poteri istruttori, non potrà più “sostituirsi” alle parti, essendo il suo potere esercitabile soltanto in funzione integrativa «nei limiti dei fatti dedotti dalle parti, quando gli elementi...già in atti o acquisiti non siano sufficienti per pronunciare una sentenza ragionevolmente motivata» (così la stessa Cass. n. 12383/2021);

- dall’altra parte, a seguito dell’introduzione del nuovo comma 1-*bis* nell’art. 7 dello Statuto, è preclusa espressamente all’Amministrazione finanziaria la possibilità di introdurre nel processo nuovi mezzi di prova non espressamente indicati nell’atto impositivo. Così, infatti, tale comma dispone: «I fatti e i mezzi di prova a fondamento dell’atto non possono essere successivamente modificati, integrati o sostituiti se non attraverso l’adozione di un ulteriore atto, ove ne ricorrano i presupposti e non siano maturate decadenze».

Ne consegue che la tesi della Cassazione, secondo cui il nuovo comma 5-*bis* non stabilirebbe «un onere diverso o più gravoso rispetto ai principi già vigenti in materia» è, almeno in via di principio, smentita nei suoi stessi presupposti, divenendo ora avulsa dall’attuale assetto legislativo.

3. Quanto finora detto mi porta a dire che, stando all'attuale indirizzo interpretativo della Suprema Corte, la riforma in materia di onere della prova di cui oggi discutiamo, pur essendo un apprezzabile punto di partenza per una disciplina razionale e organica del processo tributario, difficilmente potrà esplicare appieno i suoi frutti nell'immediato. La giurisprudenza di legittimità dovrebbe, infatti, giungere ad una "apertura" – che per ora non c'è – tale da imporre definitivamente all'Amministrazione di motivare e ai giudici di valutare con grande cura, attenzione e precisione il materiale probatorio versato in giudizio e la prova raggiunta.

Per le ragioni che ho finora detto, una tale "presa di posizione" non dovrebbe essere "scansata" dalla Suprema Corte per timore di scardinare i propri consolidati precedenti. Per il tramite della riforma non verrebbe infatti meno – anzi si rafforzerebbe definitivamente – la validità di talune generali massime giurisprudenziali. Penso soprattutto al principio, dalla stessa Corte spesso ribadito, secondo cui «nel processo tributario l'amministrazione finanziaria è attore in senso sostanziale e quindi su di essa grava l'onere della prova della pretesa adottata con l'accertamento, mentre l'onere del contribuente di provare elementi in senso contrario scatta solo quando dall'ufficio siano stati forniti indizi sufficienti per affermare la sussistenza dell'obbligazione tributaria» (per tutte, Cass. n. 905/2006). Aggiungerei solo che lo spazio applicativo delle nuove norme è inevitabilmente proiettato nel futuro, con la precisazione che questi «indizi sufficienti», perché rispondano al nuovo dettato normativo, assurgano al rango di una vera e propria prova «circostanziata e puntuale» che consenta di affermare, al di là di ogni ragionevole dubbio, «la sussistenza dell'obbligazione tributaria».

Le novità in tema di onere della prova nel giudizio tributario: la centralità della prova nell'istruttoria primaria procedimentale

di LORENZO DEL FEDERICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni sulla nuova norma in tema di onere della prova nel processo tributario. – 3. I rapporti tra prova e motivazione dell'atto impositivo. – 4. La centralità dell'istruttoria primaria procedimentale. – 5. La ritrovata specificità del giudizio tributario di impugnazione - annullamento. – 6. Il mancato assolvimento dell'onere della prova si configura come vizio invalidante di annullabilità dell'atto impositivo. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Le recenti riforme tributarie hanno inciso sull'azione impositiva e sul processo tributario, ben oltre ciò che emerge dagli approcci minimalisti che ispirano la conservatrice giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In questa sede si intende delineare l'impatto della nuova regola sull'onere della prova rispetto ai rapporti tra istruttoria primaria procedimentale ed istruttoria secondaria processuale, ovvero in un ambito che sembra configurarsi come una delle caratteristiche peculiari del giudizio tributario, sotto tale profilo profondamente differenziato dai modelli del processo civile ed amministrativo.

Gli spunti di base sono quindi tratti dalla l. 31 agosto 2022, n. 130, intervenuta sul sistema della giustizia tributaria (d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546), ma valorizzando i collegamenti con il d.lgs. 30 dicembre 2023, n. 219, relativo allo Statuto dei diritti del contribuente ed il d.lgs. 30 dicembre 2023, n. 220, relativo al processo tributario. Invero tali riforme sono profondamente inter-

venute sull'onere della prova nel processo e nel procedimento tributario, sulla procedimentalizzazione dell'attività impositiva (art. 10-ter, Statuto), sulla compiuta e specifica codificazione dei vizi invalidanti (artt. 7-bis – 7-sexies, Statuto), sul rafforzamento della funzione della motivazione degli atti impugnabili (art. 7, Statuto), sul rafforzamento delle preclusioni probatorie nei confronti del contribuente (art. 58, d.lgs. n. 546/1992), sui vincoli probatori nei confronti dell'amministrazione (art. 7, Statuto).

Nel loro complesso le riforme hanno promosso la prevalenza dell'istruttoria primaria in fase procedimentale rispetto all'istruttoria processuale ed hanno accentuato la centralità del procedimento e dell'atto impositivo rispetto all'accertamento giurisdizionale ⁽¹⁾.

È quindi necessario interrogarsi sulla portata e sulle ricadute di tali interventi, per cercare di capire come la valorizzazione del procedimento e dell'istruttoria primaria vada ad incidere sull'oggetto del giudizio tributario, ma soprattutto vanno colte le implicazioni garantistiche del nuovo regime dell'onere della prova, che dovrebbe controbilanciare l'assetto fortemente autoritativo e unilaterale dell'istruttoria primaria.

Infatti, si ritiene che l'inquadramento sistematico dei rapporti tra procedimento e processo tributario sia proficuo per giungere alla corretta concezione della nuova norma sull'onere della prova. Una regola di giudizio peculiare, caratterizzata dalla centralità della prova nell'istruttoria primaria procedimentale.

2. Cenni sulla nuova norma in tema di onere della prova nel processo tributario.

Sino alla novella della l. n. 130/2022 si riteneva che l'art. 2697 c.c. fosse applicabile, in via analogica, anche nel processo tributario. Oggi la nuova regola ad hoc di cui all'art. 7, comma 5-bis

⁽¹⁾ Per l'inquadramento teorico v. L. DEL FEDERICO, *Procedimento tributario e vizi degli atti impositivi: il quadro teorico a seguito della Riforma Leo*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2025, 287.

(d.lgs. n. 546/1992), muta lo scenario. Dinanzi al giudice tributario abbiamo quindi uno specifico assetto della regola di giudizio.

Superato il risalente feticcio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi ⁽²⁾, ormai da tempo l'orientamento dominante era favorevole all'applicazione dell'art. 2697 nel processo tributario.

Tuttavia, ora la novella del 2022 pone alcuni rilevanti profili di differenza tra le due regole di giudizio:

- l'art. 2697 impone una qualificazione dei fatti, distinguendo l'onere della prova a seconda dei fatti costitutivi, estintivi o modificativi;
- l'art. 7, comma 5-bis, non impone tale complessa qualificazione, uniformando l'onere della prova a fronte delle violazioni contestate con l'atto impositivo e delle pretese impositive e/o sanzionatorie;
- la regola civilistica sembra tale da ammettere la mitigazione della teoria della vicinanza / disponibilità della prova, mentre la specifica regola processualtributaria, la esclude;
- la regola civilistica è concepita per essere applicabile a tutto il complesso e variegato modo dei rapporti civilistici, di ogni genere e specie, mentre la specifica regola processualtributaria, non solo è di ambito applicativo molto più circoscritto e tipizzato, ma opera una differenziazione esclusivamente tra la regola base da essa posta e la specificità delle controversie in tema di rimborso dei tributi (e delle altre controversie di natura pretensiva) ⁽³⁾;
- la regola civilistica risolve il mancato assolvimento dell'o-

⁽²⁾ Sul tema, ormai di rilevanza solo storica, v. per tutti C. CORRADO OLIVA, *L'onere della prova nel processo tributario*, Padova, 2012, 231-239.

⁽³⁾ V. la vasta casistica analizzata da L. TOSI ed altri in AA.VV., *L'onere della prova*, a cura di F. ANELLI, A. BRIGUGLIO, A. CHIZZINI, M. DE POLI, E. GRAGNOLI, M. ORLANDI, L. TOSI, Padova, 2024, 1198 ss. Per ulteriori approfondimenti v.: N. SARTORI, *I limiti probatori nel processo tributario*, Torino, 2023, 75 ss.; S. DONATELLI, *L'onere della prova nella riforma del processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2023, I, 25 ss.; G. MELIS, *Su un trittico di questioni di carattere generale relative al nuovo comma 5-bis dell'art. 7 D.Lgs. n. 546/1992*, in *Riv. dir. trib. on line*, 2023, 1 ss.

nere probatorio sul piano della fondatezza della pretesa, la regola processualtributaria colloca la regola dell'onere sul piano dell'annullabilità dell'atto impositivo.

Va delineato un percorso di coordinamento tra l'art. 2697 e l'art. 7, comma 5-*bis*, in quanto la nuova regola di giudizio processualtributaria, nella sua estrema linearità semplificatoria, suscita qualche incertezza interpretativa. Invero a fronte della regola civilistica concepita in chiave generale ed omnicomprensiva, la specifica regola processualtributaria opera una differenziazione interna esclusivamente per le controversie in tema di rimborso dei tributi.

Orbene, a prescindere dai profili restitutori, l'Amministrazione deve provare in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato ed il giudice tributario deve annullare l'atto impositivo laddove manchi la prova della fondatezza della pretesa impositiva e dell'irrogazione delle sanzioni.

Alcuni profili interpretativi sono di agevole soluzione:

- l'art. 7, comma 5-*bis*, parla semplicemente di «amministrazione», e non di agenti della riscossione, ma è scontato assumere il dato letterale in senso ampio, così da ricomprendere tutte le Agenzie fiscali, tutti gli enti impositori, tutti gli agenti della riscossione e più in generale tutti i soggetti investiti di potestà impositive;
- ancora la norma parla di atto impositivo e non di atti della riscossione o di atti esecutivi, ma è altrettanto scontato che intenda fare riferimento a tutti gli atti impugnabili *ex art. 19*, d.lgs. n. 546/1992, i quali sono in genere qualificati dalla dottrina e dalla giurisprudenza come atti impositivi ⁽⁴⁾.

Maggior impegno richiede la centralità attribuita dalla norma alla *prova delle violazioni contestate con l'atto impugnato*. Dato letterale che sovraespone le controversie in tema di accertamento e provvedimento sanzionatorio (in genere intrinsecamente connessi), lasciando in secondo piano tutte le altre controversie in

(4) Per i contributi più aggiornati v. F. RASI, *L'interesse a ricorrere nel processo tributario*, Padova, 2022, e A. KOSTNER, *Gli atti impugnabili nel processo tributario*, Torino, 2022.

tema di catasto, agevolazioni, condoni, procedure liquidatorie, riscossione ecc., e di certo tutti gli atti impugnabili in cui non vengano contestate violazioni ⁽⁵⁾.

Tuttavia, la questione si risolve focalizzando la logica di base dell'art. 7, rispetto all'art. 2697, e valorizzando l'ordinata sequenza degli atti e dei procedimenti impositivi, in modo tale da riconoscere la centralità provvedimentale degli atti impugnabili (in sintonia con il novellato art. 7 dello Statuto, il quale circoscrive l'obbligo della motivazione e della specifica indicazione dei mezzi di prova per i soli atti impugnabili — v. *infra*).

Questi e tanti altri profili necessitano di specifico approfondimento, soprattutto in ragione della lettura minimalista della nuova norma offerta dalla conservatrice giurisprudenza della Corte di Cassazione ⁽⁶⁾. Ma in queste brevi note ci si soffermerà sui rapporti tra prova ed onere della prova nella dinamica tra procedimento e processo tributario, con l'intento di dimostrare l'esistenza di alcune peculiarità sistematiche che, ben oltre il dato letterale e positivo, distaccano la nuova regola di giudizio dall'archetipo dell'art. 2697 c.c.

3. I rapporti tra prova e motivazione dell'atto impositivo.

In primo luogo, è necessario ribadire che l'alveo nel quale scorrono le vicende tributarie non è quello dei rapporti paritetici di natura civilistica ed obbligatoria, bensì quello dell'esercizio di poteri autoritativi unilaterali di matrice amministrativistica.

La materia tributaria è imperniata sull'azione impositiva che si svolge mediante l'emanazione di provvedimenti autoritativi ed unilaterali, in cui l'Amministrazione finanziaria è costantemente dotata di poteri istruttori e strumenti conoscitivi poderosi, nonché assistita dall'autotutela esecutiva.

⁽⁵⁾ Su questi profili si rinvia al contributo di A. CARINCI, *L'onere della prova nelle diverse tipologie di controversie*, in questo fascicolo della *Rivista*.

⁽⁶⁾ In merito v. i rilievi critici di F. GALLO, *Brevi considerazioni in materia di onere della prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria e dello Statuto dei diritti del contribuente*, e L. TOSI, *La nuova norma sull'onere della prova nel processo tributario*, in questo fascicolo della *Rivista*.

È ormai palese la riferibilità dell'azione impositiva all'azione amministrativa, in una concezione unitaria dell'agire funzionalizzato della pubblica amministrazione, si realizzi esso mediante provvedimenti autoritativi, discrezionali o vincolati che siano, ovvero mediante atti consensuali, pur con tutte la peculiarità della funzione impositiva (7).

L'Amministrazione finanziaria deve attenersi sempre al principio di legalità ed orientare la propria azione secondo i canoni di imparzialità e buon andamento, così da garantire, in ogni caso, la finalizzazione dei propri atti alla cura dell'interesse fiscale *ex* art. 53 Cost.; «sul piano normativo generale si deve tener presente che il procedimento amministrativo, anche quello tributario, è forma della funzione», cui è riconducibile anche l'accertamento tributario (8).

L'introduzione dello Statuto del contribuente, sin dal 2000, ha accentuato le connessioni con la legge generale sul procedimento amministrativo, rafforzando la concezione amministrativistica dei rapporti tributari (v. i chiari rinvii di cui all'art. 6, comma 4, «Conoscenza degli atti e semplificazione», ed all'art. 7, comma 1, «Chiarezza e motivazione degli atti»).

Ora il d.lgs. n. 219 del 2023 ha portato a piena maturazione normativa la “procedimentalizzazione” delle procedure tributarie, e la “provvedimentalizzazione” degli atti impositivi. Il rinvio alla legge 7 agosto 1990, n. 241 è stato eliminato dall'art. 7 relativo alla motivazione, ma resta nell'art. 6, relativo alla conoscenza degli atti; comunque il rapporto di genere a specie tra azione amministrativa ed azione impositiva non richiede necessariamente rinvii espliciti e/o varie formule di raccordo e di ciò è data dimostrazione sia dalle tante norme dello Statuto che ormai qualificano *tout court* l'azione impositiva come attività amministrativa ed utilizzano termini e concetti tipici dell'agire amministrativo, sia

(7) LUPI, *La disciplina delle entrate*, in *Trattato di diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo speciale*, III, *I servizi pubblici, finanza pubblica e privata*, a cura di S. CASSESE, Milano 2003, 2647.

(8) Così Cass., sez. trib., 23 gennaio 2006, n. 1236, in *Dir. prat. trib.*, 2006, II, 731.

dalla diretta ed inequivoca codificazione nello Statuto della funzione procedimentale, del contenuto della motivazione, dei vizi di legittimità, delle irregolarità ecc.

L'art. 7 dello Statuto è stato modificato circoscrivendo l'obbligo di motivazione ai soli provvedimenti impugnabili e non più a tutti gli atti; ora la motivazione deve recare i presupposti, i mezzi di prova e le ragioni giuridiche su cui si fonda la decisione; ove la motivazione indichi altri atti, non vi è l'obbligo di allegarli qualora l'atto richiamante ne riproduca il contenuto essenziale e la motivazione indichi espressamente le ragioni per le quali i dati e gli elementi contenuti nell'atto richiamato si ritengono sussistenti e fondati (comma 1). Soprattutto è vietata ogni successiva modifica dei fatti e dei mezzi di prova posti a fondamento del provvedimento, così come è vietata la loro integrazione o sostituzione, se non attraverso l'adozione di un ulteriore provvedimento, ove ne ricorrano i presupposti e non siano maturate decadenze (comma 1-*bis*). Stante la sua formulazione in termini generali l'art. 7 trova applicazione per tutti gli atti dell'Amministrazione finanziaria impugnabili dinanzi al giudice tributario, e quindi anche agli atti catastali ed agli altri atti impugnabili nella specifica giurisdizione, a prescindere dalla natura tributaria del rapporto.

Questi profili risultano essenziali per identificare l'oggetto del giudizio tributario, ma spicca subito la piena maturazione concettuale della motivazione e la piena consapevolezza della sua funzione come pilastro del procedimento amministrativo tributario (in piena sintonia con l'assetto della legge n. 241/1990). Notevole ed apprezzabile il passo avanti sul piano delle garanzie, dell'efficienza e della funzione impositiva, rispetto ai vischiosi ed arcaici orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ⁽⁹⁾ che tendevano a svalutare la motivazione, configurandola come orpello formale. Del resto sul piano legislativo, sino alla fine degli anni 90, e quindi sino all'avvento dello Statuto, in molti casi non era previsto alcun obbligo di motivazione degli atti impositivi.

(9) V. ad es. Cass., sez. trib., 18 ottobre 2021, n. 28560.

Il rafforzamento della motivazione, sin dall'emanazione dello Statuto ed ora mediante la sua novella, si pone come fattore significativo della connotazione provvedimentale degli atti impositivi ⁽¹⁰⁾, superando alla radice gli orientamenti dichiarativisti sulla funzione meramente liquidatoria dell'accertamento, sulla provocatio *ad opponendum* e sull'impugnazione merito.

Ma ora la novella dello Statuto valorizza anche l'obbligo di allegare e specificare i mezzi di prova, con divieto e preclusione di emenda degli atti eventualmente carenti e ciò accentua la centralità dell'istruttoria primaria procedimentale, rispetto a quella processuale.

In via di estrema sintesi l'Amministrazione deve acquisire e fornire la prova nel corso dell'istruttoria primaria; ha il dovere di dimostrare in primo luogo a se stessa, prima dell'emanazione dell'atto impositivo, la fondatezza della propria pretesa; la motivazione deve indicare i presupposti, i mezzi di prova e le ragioni giuridiche su cui si fonda la decisione; l'indicazione dei mezzi di prova è requisito di legittimità dell'atto impositivo; è vietata ogni successiva modifica dei fatti e dei mezzi di prova posti a fondamento del provvedimento, così come è vietata la loro integrazione o sostituzione in corso di giudizio. Il giudizio ha quindi per oggetto la verifica della legittimità dell'atto impositivo (con esclusione delle controversie sul rimborso ed in generale di quelle aventi ad oggetto interessi pretensivi del contribuente, v. *infra*).

4. La centralità dell'istruttoria primaria procedimentale.

Le recenti riforme, lungi dal porsi problemi teorici, sono profondamente intervenute sulla procedimentalizzazione dell'attività impositiva (art. 10-ter, Statuto), sulla compiuta e specifica codificazione dei vizi invalidanti (artt. 7-bis – 7-sexies, Statuto), sul rafforzamento della funzione della motivazione degli atti impugnabili (art. 7, Statuto), sul rafforzamento delle preclusioni probatorie nei

⁽¹⁰⁾ V. per tutti G.M. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005 e C. CALIFANO, *La motivazione degli atti impositivi*, Torino, 2008.

confronti del contribuente (art. 58, d.lgs. n. 546/1992), sui vincoli probatori nei confronti dell'amministrazione (art. 7, Statuto).

La riforma ha in tal modo promosso la prevalenza dell'istruttoria primaria in fase procedimentale rispetto all'istruttoria processuale ed ha accentuato la centralità del procedimento e dell'atto impositivo rispetto all'accertamento giurisdizionale, portando così a compimento il disegno degli artt. 52, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, e 32, d.P.R. 28 settembre 1973, n. 600, che da tempo prefigura un *favor* per l'istruttoria primaria. Di ciò risulta emblematico l'art. 15, comma 2, d.lgs. n. 546/1992, sulla compensazione delle spese per il contribuente che risulti vittorioso sulla base di documenti decisivi non prodotti nell'istruttoria primaria, ma solo nel corso del giudizio; tale norma si aggiunge alle preclusioni probatorie, gravanti in giudizio sul contribuente che non ha prodotto i documenti, richiesti dall'Agenzia, nel corso dell'istruttoria primaria (artt. 52, comma 5, e 32, comma 4, cit.) ⁽¹¹⁾.

Le motivazioni che hanno ispirato tale approccio sembrano riconducibili ad un certo egocentrismo istituzionale dell'Agenzia delle Entrate, trapelando nelle pieghe delle norme la convinzione che l'Agenzia abbia un ruolo prioritario, operi meglio del Giudice (marginalizzato anche dall'accertamento con adesione e dalla conciliazione) e non debba subire un sindacato giurisdizionale tale da vanificare l'istruttoria primaria amministrativa ovvero comunque tale da risultare troppo penetrante. Emerge quindi un potenziamento dell'azione impositiva ed una svalutazione dell'accertamento in sede giurisdizionale. Ma più in generale viene rafforzato un trend tradizionale e peculiare della materia tributaria in ragione del quale il legislatore tende a svalutare il ruolo del Giudice, e

⁽¹¹⁾ Per ulteriori esempi da cui sono desumibili tali considerazioni si pensi: all'impossibilità di sindacare gli atti dell'Amministrazione finanziaria viziati per eccesso di potere; all'impossibilità di sindacare il silenzio in caso di autotutela discrezionale (art. 10-*quinquies*, Statuto); alla cristallizzazione dell'istruttoria probatoria amministrativa (art. 7, Statuto); divieto di nuove prove in appello (art. 58 d.lgs. n. 546/1992); alla sentenza sommaria (art. 47-*ter* d.lgs. cit.).

soprattutto dell'AGO, ed a valorizzare il ruolo dell'Amministrazione finanziaria (v. ad es. l'abrogazione del giudizio esecutivo contro l'AF e la residua esclusività del giudizio di ottemperanza per far valere i diritti dei contribuenti ⁽¹²⁾).

A questo punto diventa necessario interrogarsi sulle ricadute di tali interventi, per cercare di capire come la valorizzazione del procedimento e dell'istruttoria primaria, per un verso, e la codificazione dei vizi, per l'altro, vadano ad incidere sulla funzione impositiva, sull'oggetto del processo e sulla regola di giudizio.

5. La ritrovata specificità del giudizio tributario di impugnazione-annullamento.

Le recenti riforme sono intervenute sulla procedimentalizzazione dell'attività impositiva, sulla compiuta e specifica codificazione dei vizi invalidanti, sul rafforzamento della funzione della motivazione degli atti impugnabili, sul rafforzamento delle preclusioni probatorie nei confronti del contribuente, sui vincoli probatori nei confronti dell'amministrazione. Ne è scaturita una netta prevalenza dell'istruttoria primaria in fase procedimentale rispetto all'istruttoria processuale. A fronte del potenziamento dell'azione impositiva è emersa la svalutazione dell'accertamento in sede giurisdizionale.

È stata compiuta una scelta di campo a favore della "procedimentalizzazione" delle procedure tributarie, e della "provvedimentalizzazione" degli atti impositivi; è stata disvelata una volta per tutte l'effettiva portata dell'autoritatività nell'azione impositiva; conseguentemente risultano ormai anacronistiche le tralaticie concezioni del rapporto tributario centrate su schemi pancvilitici.

La riforma dello Statuto ha accentuato la specificità della normativa tributaria rispetto alla disciplina generale dell'attività amministrativa, ma ha continuato ad utilizzare categorie, terminologia, schemi attuativi ed istituti propri del diritto amministrativo, strutturando chiaramente l'azione impositiva come sottosistema

⁽¹²⁾ V. art. 70 d.lgs. n. 546/1992, così come modificato dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156.

dell'attività amministrativa, in relazione di *species a genus*.

Ma la riforma ha ridimensionato il ruolo della legge n. 241/1990, che ora si pone in una logica di complementarietà residuale. La codificazione tributaria funge da ostacolo all'applicazione delle norme generali, che potranno trovare applicazione in via residuale e complementare soltanto ove non sia diversamente disposto ed al tempo stesso sussista compatibilità tra Statuto e legge n. 241/1990.

I vizi degli atti impositivi sono stati codificati riprendendo le categorie del diritto amministrativo (artt. 7-*bis* – 7-*sexies*, Statuto), ma senza recepire il depotenziamento dei vizi formali e procedurali di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990; la logica dell'amministrazione di risultato è stata ribadita ma delimitata e tipizzata; è stata positivizzata ed esplicitata la centralità del procedimento amministrativo come categoria ordinante dell'azione impositiva; è stata esplicitata la ponderazione di interessi nell'azione impositiva, ancorandola al principio di proporzionalità (art. 10-*ter*, Statuto). È stato chiarito che, non solo la violazione delle norme formali e procedurali, ma anche la violazione delle norme sostanziali, attinenti all'*an* ed al *quantum* del tributo, assume rilievo ai fini dell'annullabilità (v. *infra* § 6).

La proceduralizzazione dell'azione impositiva e la codificazione dei vizi depongono decisamente a favore della concezione del processo tributario come giudizio di impugnazione-annullamento e sollecitano una profonda rivisitazione del dibattito sull'oggetto del giudizio tributario, proiettato verso il superamento della tralatizia teoria dell'impugnazione merito. Ma soprattutto, per quanto rileva in questa sede, dimostrano che la questione della prova si pone prioritariamente in sede di istruttoria primaria amministrativa e quindi che l'onere della prova si pone come regola dell'agire amministrativo, prima che come regola di giudizio (secondo la ben nota sistematica riconducibile ad Allorio ⁽¹³⁾).

(13) V. soprattutto F. TESAURO, *Imposizione e processo tributario nel pensiero di Enrico Allorio*, in *Rass. Trib.*, 2016, 17 ss. e da ultimo G. MERCURI, *Onere della prova: dal contributo di Allorio alla recente riforma del processo tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 2022, 324 ss.

6. Il mancato assolvimento dell'onere della prova si configura come vizio invalidante di annullabilità dell'atto impositivo.

Come è noto, il nuovo art. 7-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente definisce l'area dell'annullabilità degli atti impositivi. La norma prevede che gli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario — e quindi i soli provvedimenti impositivi — sono annullabili per violazione di legge, ivi incluse le norme sulla competenza, sul procedimento, sulla partecipazione del contribuente e sulla validità degli atti (comma 1).

I motivi di annullabilità e di infondatezza dell'atto debbono essere dedotti, a pena di decadenza, con il ricorso introduttivo del giudizio dinanzi alla Corte tributaria di primo grado e non sono rilevabili d'ufficio (comma 2).

Il riferimento dell'annullabilità al provvedimento impugnabile implica che le violazioni di legge degli atti istruttori, preparatori, e più in generale di tutti gli atti endoprocedimentali si riverberano in via derivata sulla validità del provvedimento conclusivo del procedimento (ma fa eccezione il vizio istruttorio specificamente delimitato dall'art. 7-*quiquies*)⁽¹⁴⁾. Al riguardo la formulazione della norma è inequivocabile, stante l'omnicomprensivo riferimento a tutte le violazioni di legge, sostanziali, procedimentali e formali, compresa la violazione dell'art. 10-*ter*. Inoltre, è la stessa Relazione illustrativa al d.lgs. n. 219/2023 a chiarire che la nuova norma intende fissare l'area dell'annullabilità attraverso una formulazione ampia, volta a considerare qualunque ipotesi di “violazione di legge”.

Nel suo complesso l'art. 7-*bis* risulta piuttosto in sintonia con la tradizione legislativa dell'annullabilità nel diritto amministrativo generale e con la legislazione tributaria disseminata da specifiche ipotesi di annullabilità vera e propria e di nullità testuali, spesso sanabili, talvolta riconducibili all'annullabilità,

⁽¹⁴⁾ Soluzione lineare, in senso analogo v. ad es. F. FARRI, *Prime riflessioni sul nuovo regime di invalidità degli atti dell'amministrazione finanziaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, suppl. on line, 2024, 226.

altre volte configurabili come vera e propria nullità, ma non di rado di difficile qualificazione ⁽¹⁵⁾. Tuttavia, destano perplessità la sterilizzazione del vizio di eccesso di potere e l'affiancamento tra motivi di annullamento ed infondatezza dell'atto, profili che rilevano ai fini della patologia della pretesa impositiva per difetto di prova.

Una acuta dottrina tende a ricondurre l'infondatezza al nucleo dell'eccesso di potere, prospettando al riguardo una situazione di «non rispondenza del contenuto dell'atto alla reale situazione di fatto»; il tutto in una (non condivisibile) concezione di valorizzazione della specialità e dell'autonomia della normativa tributaria, che non contempla mai l'eccesso di potere e che proprio mediante l'infondatezza supporterebbe la teoria del giudizio tributario come di impugnazione merito ⁽¹⁶⁾.

Sembra piuttosto che l'eccesso di potere, presente nella tradizionale ripartizione dei vizi invalidanti degli atti amministrativi, non sia stato contemplato in materia tributaria sia per i persistenti e risalenti pregiudizi avversi al riconoscimento della discrezionalità nell'ambito dell'azione impositiva, sia per privilegiare l'Amministrazione finanziaria, rafforzando le esigenze di risultato in materia tributaria.

Il riferimento ai motivi di infondatezza dell'atto non era contemplato dalla legge delega, è avulso dal tessuto normativo preesistente, risulta del tutto isolato ed estemporaneo nella logica della novella dello Statuto, tanto da richiedere sforzi ermeneutici notevoli da parte degli interpreti.

Alcuni autori evidenziano che «lo statuto regolamentare di annullabilità ed infondatezza appare identico...», «l'infondatezza... non diversamente dall'annullabilità, appare essere una delle

⁽¹⁵⁾ Per gli spunti desumibili dal quadro preesistente v. E. MARELLO, *Per una teoria unitaria dell'invalidità nel diritto tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 2001, 393 ss.; ID., *Fondamenti sistematici del sistema duale nullità - annullabilità*, in *Riv. dir. fin.*, 2014, I, 346-353; F. FARRI, *Forma ed efficacia nella teoria degli atti dell'amministrazione finanziaria*, Padova, 2015; S. ZAGA, *Le invalidità degli atti impositivi*, Padova, 2012; F. PEPE, *Contributo allo studio delle invalidità degli atti impositivi*, Torino, 2012; in giurisprudenza v. Cass., 18 settembre 2015, n. 18448, e 27 maggio 2021, n. 14733.

⁽¹⁶⁾ F. FARRI, *Prime riflessioni*, cit., 216-217, e particolarmente nota 11.

possibili forme di manifestazione della carenza di uno dei presupposti della fattispecie al verificarsi della quale l'atto amministrativo tributario produce gli effetti previsti dalla legge. Segnatamente si tratta della carenza del presupposto consistente nell'elemento rappresentativo della situazione fattuale e giuridica reale posta a base dell'atto amministrativo stesso» (17).

Altri autori, più convincentemente, sfumano la distinzione tra annullabilità ed infondatezza, evidenziandone l'uniformità sul piano effettuale e delle rilevabilità, «in quanto anche i vizi sostanziali (o di infondatezza) determinano l'illegittimità dell'atto, traducendosi in una violazione di legge» (18).

Infine, molto acutamente, l'infondatezza viene ricondotta alla carenza di prova; più precisamente si evidenzia che secondo il nuovo regime dell'onere della prova di cui all'art. 7, comma 5-*bis* (19), «l'Amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice *fonda* la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua *fondatezza* manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si *fondano* la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni». Pertanto, anche in caso di infondatezza il giudice deve annullare l'atto, non potendosi limitare a dichiararne l'infondatezza, ed ovviamente non potrà nemmeno attivarsi in via

(17) Così F. FARRI, *Prime riflessioni*, cit., 228.

(18) Così S. ZAGÀ, *I vizi del procedimento e degli atti*, in AA.VV., *La riforma fiscale. I diritti e i procedimenti*, vol. II, a cura di A. GIOVANNINI, Pisa, 2024, 94; sull'uniformità effettuale v. anche A. VIOTTO, *Il nuovo paradigma delle invalidità degli atti dell'amministrazione finanziaria*, in AA.VV., *L'attuazione della riforma tributaria*, a cura di M. LOGGOZZO, Pisa, 2024, 41-42, il quale tuttavia, sia pure dubitativamente, tende a ricondurre la violazione delle norme sostanziali all'area dell'infondatezza e non dell'annullabilità (con ciò disattendendo le chiare indicazioni della Relazione illustrativa al d.lgs. n. 219/2023, nonché il dato letterale ed il sistematico).

(19) Gli spunti richiamati sono riferibili in parte ad A. VIOTTO, *Il nuovo paradigma*, cit., ma soprattutto a P. MASTELLONE, *La nuova figura dell'inutilizzabilità degli elementi probatori nel contesto della riformata disciplina sulle invalidità tributarie*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2024, 690-692.

inquisitoria per dare fondamento alla pretesa o comunque sostituire la pretesa infondata con una propria decisione di merito.

Spunti apprezzabili e condivisibili, ma sul piano della teoria generale del processo sarebbe necessario spingersi oltre, considerando la presenza, nel sistema della giustizia tributaria, di situazioni soggettive pretensive del contribuente (siano esse configurabili come interesse legittimo o diritto soggettivo) laddove questi agisce per ottenere dall'amministrazione un rimborso, un'autotutela obbligatoria, una variazione catastale, ovvero più in generale l'accertamento di pretese che richiedono il vaglio della fondatezza, andando oltre l'effetto caducatorio proprio dell'azione di annullamento; si pensi soprattutto ai casi di silenzio da parte dell'amministrazione, in cui l'inerzia da corpo ad un atto (*rectius* comportamento) ostativo che può qualificarsi infondato laddove si frappone all'accertamento della fondatezza della situazione soggettiva pretensiva del contribuente.

Inoltre, sotto altro profilo, in assenza di una esplicita tipizzazione delle azioni esperibili nel giudizio tributario, potrebbe essere concepita un'impugnazione del contribuente volta a contestare la fondatezza della pretesa impositiva sull'*an* e sul *quantum* del tributo, in termini di semplice insussistenza⁽²⁰⁾ e quindi senza la analitica identificazione dei singoli vizi invalidanti dell'atto (prospettiva ben comprensibile ove si consideri l'ambigua stratificazione del sistema della giustizia tributaria e la multiforme formazione ed esperienza che ancora oggi caratterizza la variegata platea degli operatori⁽²¹⁾). Si tratta comunque di profili complessi estranei al tema dell'onere della prova, qui affrontato nel rapporto tra procedimento e processo.

Ai nostri fini è possibile puntualizzare il quadro riformatore chiarendo, una volta per tutte, che nello specifico assetto della

⁽²⁰⁾ V. ad es. G. TINELLI, *Diritto processuale tributario*, Padova, 2021, 105 ss., ma per le condivisibili critiche si rinvia ad A. TURCHI, *Alcune considerazioni in tema di azioni esperibili nel processo tributario*, in AA.VV., *Discussioni sull'oggetto del processo tributario*, a cura di M. BASILAVECCHIA ed A. COMELLI, Padova, 2020, 140 ss.

⁽²¹⁾ Profili di contraddittorietà sui quali v. ad es. G. TINELLI, *Diritto processuale*, cit.,

giustizia tributaria l'atto impositivo che non assolve l'onere della prova è da configurarsi come atto annullabile.

7. Conclusioni.

A questo punto, chiariti i rapporti tra procedimento e processo tributario, risulta sgombrato il campo da ogni possibile lettura restrittiva e conservatrice della nuova processualtributaria sull'onere della prova.

La nuova norma pone una regola di giudizio peculiare della giustizia tributaria, caratterizzata dalla centralità della prova nell'istruttoria primaria procedimentale, distaccandosi dall'archetipo dell'art. 2697c.c.

Si ritiene di aver dimostrato che il problema della prova si pone prioritariamente in sede di istruttoria primaria amministrativa e quindi che l'onere della prova si pone come regola dell'agire amministrativo, prima che come regola di giudizio.

L'Amministrazione deve acquisire e fornire la prova nel corso dell'istruttoria primaria; ha il dovere di dimostrare in primo luogo a se stessa, prima dell'emanazione dell'atto impositivo, la fondatezza della propria pretesa; la motivazione deve indicare i presupposti, i mezzi di prova e le ragioni giuridiche su cui si fonda la decisione; l'indicazione dei mezzi di prova è requisito di legittimità dell'atto impositivo; è vietata ogni successiva modifica dei fatti e dei mezzi di prova posti a fondamento del provvedimento, così come è vietata la loro integrazione o sostituzione in corso di giudizio. L'atto impositivo che non assolve l'onere della prova è da configurarsi come atto annullabile.

La nuova norma sull'onere della prova nel processo tributario

di LORIS TOSI

1. L'art. 6 della L. 130/2022 ha introdotto nell'art. 7 del d.lgs. 546/1992 il nuovo comma 5-bis, il quale dispone che *«l'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati»*.

Tale disciplina è immediatamente applicabile a tutte le cause pendenti alla data del 16 settembre 2022 (data di entrata in vigore del comma 5-bis). Trattasi, infatti, di norme aventi natura processuale (che, oltretutto, incidono sulle regole di giudizio), per le quali vige il noto principio del *tempus regit actum*, che il legislatore della riforma non ha ritenuto di derogare.

2. La novella legislativa che ha introdotto il nuovo comma 5-bis è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, che ne ha rilevato, da un lato, una certa inadeguatezza nella formulazione letterale, dall'altro, l'impropria collocazione all'interno dell'art. 7 del d.lgs. 546/1992. Quest'ultimo articolo, infatti, reca tuttora la rubrica *«poteri delle corti di giustizia tributaria di primo*

e secondo grado», ma, in virtù delle modifiche operate dalla L. 130/2022, presenta oggi un contenuto estremamente eterogeneo, spaziando dall'individuazione dei mezzi istruttori, ai poteri del giudice, all'oggetto della prova, al riparto degli oneri probatori tra le parti in causa, alle regole di valutazione delle prove.

A onor del vero, la *littera legis* del nuovo comma presenta alcuni profili di ambiguità che non favoriscono delle interpretazioni univoche. Per tale ragione, può soccorrere l'interprete il ricorso alla *ratio legis*, individuabile anche attraverso la lettura dei lavori preparatori.

Questi ultimi evidenziano come l'obiettivo del legislatore fosse quello di incidere sul regime probatorio del processo tributario a vantaggio del contribuente, sulla base dell'erroneo presupposto per cui la materia tributaria non sarebbe stata sufficientemente garantista perché caratterizzata da una generale e svantaggiosa inversione dell'onere della prova a carico del contribuente. Come si vedrà tra poco, infatti, la principale innovazione apportata da parte della recente riforma al regime probatorio del processo tributario è stata mutuata dalla disciplina processual-penalistica.

3. Il contenuto precettivo del novellato comma 5-*bis* può essere idealmente suddivisa in due parti.

La prima, composta dal primo periodo, dalla prima parte del secondo periodo e dall'ultimo periodo della disposizione, sembra dare semplice conferma a regole processuali consolidate già da molto tempo. Questa prima parte, infatti, in sintesi stabilisce che:

- 1) l'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato;
- 2) il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono dal giudizio;
- 3) il giudice annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria;
- 4) spetta al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso.

A chi scrive sembra che tali previsioni non derogino quanto già stabilito dagli artt. 115 e 116 c.p.c., 2697 e 2729 cod.civ. in

tema di tipi di prove utilizzabili, modalità della loro acquisizione, distribuzione degli oneri probatori e poteri di iniziativa del giudice.

Al contrario, le regole poste dalle norme da ultimo citate non vengono modificate, ma, per una sorte di eterogenesi dei fini, la loro codificazione *per tabulas* anche nell'ambito processual-tributario ha in realtà alimentato i numerosi dubbi interpretativi che le riguardano nel processo civile.

A conferma di quanto detto, si osservi, ad esempio, che:

La prescrizione sub a), prevedendo che l'amministrazione deve «*provare in giudizio*» le violazioni contestate con l'atto impugnato, potrebbe essere interpretata nel senso di consentire che tale prova venga data, per la prima volta, in corso di causa.

Un simile arresto ermeneutico, tuttavia, non potrebbe trovare accoglimento, in quanto si porrebbe in palese contrasto con l'obbligo, gravante sull'Amministrazione finanziaria, di indicare i mezzi di prova su cui si basano i propri provvedimenti sin dalla fase amministrativa. A tale obbligo, già sancito da specifiche disposizioni settoriali (quali ad esempio l'art. 56 del DPR 633/72, in materia di IVA e l'art. 16 del d.lgs. 472/97, in materia di irrogazione delle sanzioni), si aggiunge inoltre il divieto di modificare, integrare o sostituire i provvedimenti in un secondo momento (ossia proprio nel corso del giudizio), come da ultimo confermato, in termini generali, dall'art. 7, comma 1 e 1-*bis*, dello Statuto dei diritti del contribuente (in virtù delle modifiche apportate allo Statuto dal d.lgs. n. 219/23).

D'altra parte, la medesima prescrizione *sub a)*, imponendo espressamente all'Ufficio di dare prova in giudizio delle violazioni contestate con l'atto impugnato, potrebbe essere letta nel senso di attenuare (se non elidere del tutto) l'applicazione nel processo tributario del principio di vicinanza dell'onere della prova, il quale — di regola — ha sempre fatto gravare sul contribuente degli oneri istruttori aggiuntivi in tutti i casi in cui il soggetto privato fosse a disposizione di elementi probatori che l'Ufficio non poteva procurarsi, con ciò derogando quanto previsto dall'art. 2697 cod.civ.

Tuttavia, anche questa opzione interpretativa sconta l'obiezione di chi correttamente osserva che il "principio di vicinanza della prova", pur non codificato nelle norme processuali tributarie e civilistiche, costituisce pur sempre un principio gerarchicamente sovraordinato alle norme di rango primario, essendo espressione del duplice canone di effettività della tutela giudiziaria e del giusto processo, sancito sia dalla Carta costituzionale (vedi artt. 24 e 111) sia dalla normativa europea (art. 47 Carta europea dei diritti fondamentali dell'UE e art 6, § 1, CEDU).

Infine, la prescrizione *sub d)*, addossando al contribuente oneri probatori soltanto in tema di rimborso, se interpretata alla lettera, potrebbe avallare la tesi secondo cui il contribuente sarebbe esentato dall'onere della prova in ogni altro caso, incluse le materie di deducibilità dei costi, diritto ad agevolazioni e spettanza di crediti d'imposta.

Questa linea interpretativa letterale e *a contrariis* (canone ermeneutico che, come noto, nel diritto tributario non è particolarmente attendibile), tuttavia, finirebbe per approdare a esiti poco coerenti con una lettura sistematica del complessivo ordinamento processual-tributario. Quest'ultimo — secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità (in questo senso, tra le ultime, vedi: Corte Cass., sez. trib., ord. 19 settembre 2024, n. 26985; Corte Cass., sez. trib., ord. 18 agosto 2022, n. 24880) — onera il contribuente sia della prova dei fatti impeditivi del diritto di credito dell'amministrazione (quanto all'effettività e all'inerenza dei costi) sia di quella dei fatti costitutivi del diritto di credito del contribuente stesso (quanto alla spettanza di agevolazioni fiscali e titolarità di crediti d'imposta).

4. Al netto delle criticità interpretative che interessano la prima parte del comma *5-bis*, la seconda reca un contenuto piuttosto chiaro ed è questa, in definitiva, che esprime la vera portata innovativa della novella.

La seconda parte del secondo periodo della disposizione, infatti, commina l'annullamento dell'atto impositivo se la prova è

«comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale ... le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni».

Con tale prescrizione il legislatore ha inteso imprimere una svolta “garantista” al regime della prova nel processo tributario, avvicinandolo al modello processual-penalistico e così modificandolo a favore del contribuente.

Tale finalità garantista trova, infatti, conferma nel contenuto degli emendamenti presentati durante l'*iter* parlamentare.

E, d'altra parte, che il regime probatorio proprio del processo penale sia stato assunto quale modello di riferimento cui ispirare la riforma in esame è confermato anche dal lessico utilizzato dal legislatore nel nuovo comma 5-*bis*.

Così, la previsione secondo cui l'atto impositivo dev'essere annullato *«se la prova della sua fondatezza manca, è contraddittoria o è comunque insufficiente a dimostrare ...»*, è evidentemente mutuata da quanto, nel processo penale, stabilisce l'art. 530, comma 2, c.p.p., il quale impone che il giudice deve pronunciare sentenza di assoluzione *«anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che...»*.

Analogamente, la previsione per cui la prova nel processo tributario deve ora essere sufficiente *«a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale le ragioni oggettive su cui si fonda la pretesa impositiva»*, è molto simile a quanto disposto dall'art. 533, comma 1, c.p.p., che pretende il superamento della soglia di *«ogni ragionevole dubbio»* quale condizione imprescindibile della sentenza di condanna.

La parte centrale del comma 5-*bis* sembra, dunque, confermare l'intenzione del legislatore di innovare il regime probatorio tributario in senso “garantista”, adottando degli *standard* di valutazione delle prove a carico del contribuente per molti versi analoghi a quelli tipici del giudizio penale.

Di qui la portata potenzialmente molto innovativa della riforma.

I nuovi *standard* probatori, infatti, sembrano incompatibili con molte ricostruzioni presuntive, se non meramente indiziarie

o possibilistiche, valorizzate da una consolidata giurisprudenza tributaria (tra cui quelle non a caso denominate “presunzioni giurisprudenziali”, per esempio in materia di tassazione delle società a ristretta base o di operazioni soggettivamente inesistenti o di somministrazione di manodopera), presunzioni che operano spesso in modo quasi automatico sulla base di una ricostruzione dei fatti solo “verosimile” o “non inverosimile”.

5. In merito alla compatibilità tra i nuovi *standard* di valutazione delle prove e le regole dell’ordinamento tributario che valorizzano l’utilizzo di presunzioni e prove indiziarie, è opportuno soffermarsi brevemente sull’inciso «*comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale*» (contenuto nel secondo periodo).

È possibile, infatti, fornire due differenti interpretazioni di tale locuzione.

Da un lato, il predetto inciso potrebbe essere letto nel senso di stabilire che il giudice, nel valutare le prove, dovrebbe ispirarsi alla normativa sostanziale di riferimento.

Dall’altro lato, un’interpretazione alternativa potrebbe essere quella di intendere la frase nel senso che la valutazione delle prove, operata dal giudice, non deve porsi in contrasto le norme di diritto sostanziale, anche in materia probatoria. Nell’ordinamento tributario sostanziale, infatti, si rinvengono numerose disposizioni che prevedono predeterminazioni o presunzioni legali, o incidono ad altro titolo sul regime probatorio (come ad esempio le decadenze comminate dall’art. 32, comma 4, del DPR 600/73 o dall’art. 52, comma 5, del DPR 633/72; o le regole presuntive stabilite dall’art. 39, comma 2, del DPR 600/73 o ancora le prescrizioni documentali poste dall’art. 53 del DPR 633/72), tutte norme che, di regola, sono poste a presidio dell’interesse erariale.

Ebbene, si ritiene che la prima lettura sia da scartare, in quanto — se così interpretato — l’inciso si risolverebbe in un elementare criterio interpretativo meramente pleonastico.

Al contrario, se letta alla luce della seconda opzione interpretativa, la previsione in esame avrebbe una certa utilità nella

ricostruzione della portata complessiva del comma 5-*bis*. Così interpretata, infatti, la norma vorrebbe significare che, nonostante i nuovi *standard* valutativi, nel processo tributario continuano pur sempre a valere le suddette norme sostanziali in materia di prove (norme che viceversa non vincolano il giudice penale).

6. Nonostante, come detto, il novellato comma 5-*bis* abbia una portata potenzialmente molto innovativa nel contesto del regime probatorio del processo tributario, il più grande limite della norma in esame è che essa si risolve in una regola di giudizio rivolta ai giudici tributari che, non essendo munita di una sanzione processuale, è suscettibile di applicazione discrezionale.

La disposizione, pertanto, si rivela essere — più che un effettivo precetto — un invito, una raccomandazione ai giudici tributari ad adottare i nuovi *standard* probatori e a modificare, di conseguenza, i propri orientamenti giurisprudenziali in termini più garantistici per il contribuente.

In questo senso si coglie la profonda differenza che, nonostante l'intervenuta riforma, ancora divide il processo tributario da quello penale. In quest'ultimo, infatti, le rigorose regole di valutazione delle prove sono anche assistite da un'effettiva sanzione processuale: l'art. 192, comma 1, cpp, dispone, infatti, che «*il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*». Tale disposizione pone a carico dell'organo giudicante un obbligo di valutazione e rendicontazione che limita il principio del libero convincimento del giudice e la cui mancanza può essere dedotta come motivo di impugnazione della sentenza.

In effetti — com'era prevedibile — la mancanza di una sanzione processuale esplicita ha avuto delle ricadute immediate, agevolando la formazione di una giurisprudenza di legittimità — ormai uniforme e in contrasto con numerose (ma non tutte le) pronunce delle corti di merito — che ha fatto propria un'interpretazione riduttiva della norma, negando la portata innovativa dell'intero comma 5-*bis*.

Il principio di diritto viene sostanzialmente ribadito nei seguenti termini: *«in tema di onere probatorio gravante in giudizio sull'amministrazione finanziaria in ordine alle violazioni contestate al contribuente, per le quali non vi siano presunzioni legali che comportino l'inversione dell'onere probatorio, l'art. 7, comma 5-bis, introdotto dall'art. 6 della L. 130 del 2022, non stabilisce un onere probatorio diverso, o più gravoso, rispetto ai principi già vigenti in materia, né preclude il ricorso alle presunzioni semplici (disciplinate dagli artt. 2727 e ss. cod. civ.) ma è coerente con le ulteriori modifiche legislative in tema di prova, che assegnano all'istruttoria dibattimentale un ruolo centrale»* (vd, tra le altre: Cass. sent. n. 29289/24, sent. n. 26473/24, ord. n. 22320/24 in materia di società a ristretta base; Cass. ord. n. 20816/24 e sent. n. 26014/24 in materia di presunzioni bancarie; Cass. ord. n. 22235/24 e ord. n. 16493/24 in materia di operazioni oggettivamente inesistenti; Cass. ord. n. 22565/24 e ord. n. 20247/24 in materia di esenzione IMU esercizio attività di culto).

7. Allo stato attuale, fino a quando la Suprema Corte non deciderà di adottare un orientamento interpretativo più consono al tenore del nuovo testo del comma 5-bis (per ora infatti, solo Cass. sent. n. 21401/24 apre alla possibile portata innovativa del comma 5-bis per le presunzioni semplici), si ritiene che le maggiori novità in tema di regime probatorio nel processo tributario siano apportate dal nuovo art. 21-bis del d.lgs. n. 74/2000 [introdotto dall'art. 1, lett. m), del d.lgs. n. 87 del 2024] rubricato *«Efficacia delle sentenze penali nel processo tributario e nel processo di Cassazione»*.

L'art. 21-bis riproduce in sostanza i principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 111/2023 stabilendo, al primo comma, che *«la sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, pronunciata in seguito a dibattimento nei confronti del medesimo soggetto e sugli stessi fatti materiali oggetto di valutazione nel processo tributario, ha, in questo, efficacia di giudicato, in ogni stato e grado, quanto ai fatti medesimi»*.

In quanto norma processuale, anche la citata disposizione — in virtù del principio del *tempus regit actum* — trova immediata applicazione nei giudizi pendenti al momento dell'entrata in vigore (in questo senso depone anche la costante giurisprudenza di legittimità: tra le altre, cfr. Corte Cass., sez. trib., ord. 3 settembre 2024, n. 23570 e Corte Cass., sez. trib., sent. 2 dicembre 2024, n. 30814).

Analogamente al comma 5-*bis* esaminato in precedenza, tuttavia, la norma in questione — che codifica degli isolatissimi precedenti giurisprudenziali — presenta alcune criticità interpretative.

In primo luogo, non è del tutto chiara la *ratio* che ha ispirato la novella legislativa.

Una parte della dottrina l'ha individuata nel principio del *ne bis in idem*, che tuttavia non pare essere pienamente compatibile con la nuova disciplina, che non preclude il duplice processo in caso di condanna in sede penale.

È preferibile piuttosto la lettura che, più semplicemente, ne intravede la *ratio* nel *favor* per il contribuente/imputato, che effettivamente sembra ispirare tutta la nuova disciplina in tema di regime probatorio del processo tributario. Questa *ratio* garantista, tuttavia, non può di sicuro trovare fondamento nella maggior affidabilità dell'istruttoria penale rispetto a quella tributaria: se così fosse, infatti, la norma dovrebbe prevedere che il giudicato penale vincoli il giudice tributario anche in senso sfavorevole.

In secondo luogo, è innegabile che la norma in esame non costituisca un buon esempio di tecnica legislativa. Con essa, infatti, il legislatore ha alterato in modo frammentario il canone del “doppio binario” tra processo penale e processo tributario.

La disarmonia dell'intervento legislativo si coglie non solo (e non tanto) nella portata “unidirezionale” dell'art. 21-*bis*, dato che sono solamente i giudicati penali favorevoli a produrre effetto nel giudizio tributario, ma soprattutto nella circostanza che la nuova norma non è stata coordinata con la previsione dell'art. 20 del d.lgs. 74 del 2000. Tale disposizione, prevedendo il divieto di sospensione del processo tributario in pendenza del processo

penale avente ad oggetto i medesimi fatti, rappresenta un pilastro del sistema del doppio binario: se i due giudizi devono proseguire autonomamente, senza interferenze reciproche, è ovvio che anche il relativo corso processuale dev'essere del tutto indipendente e privo di punti di contatto.

Proprio per tali ragioni, non si comprende per quale motivo il legislatore, abbandonando il canone del doppio binario, abbia deciso di mantenere in vigore tale disposizione.

Infatti, delle due l'una.

O i due giudizi sono tra loro indipendenti, hanno tempi e priorità casuali e possono approdare a esiti divergenti, e dunque è logico il divieto di subordinare l'*iter* processuale tributario alle vicende del processo penale.

Oppure, se — come prevede la nuova disciplina — il giudicato penale può vincolare il giudizio tributario, logica conseguenza dovrebbe essere l'abrogazione del divieto di sospensione, pena il rischio di enormi diseconomie processuali ed economiche (per le finanze pubbliche).

Facendo coesistere entrambe le previsioni, infatti, può sovente verificarsi l'ipotesi che un intero processo tributario, magari già sviluppatosi oltre il secondo grado di giudizio, con esiti favorevoli all'Amministrazione, venga travolto da una sentenza penale di assoluzione divenuta definitiva solo all'ultimo momento.

Che una simile eventualità non sia affatto remota è confermato dal fatto che essa è espressamente disciplinata dal secondo comma dell'art. 21-*bis*, il quale prevede che *«la sentenza penale irrevocabile di cui al comma 1 può essere depositata anche nel giudizio di Cassazione fino a 15 giorni prima dell'udienza o dell'adunanza in camera di consiglio»*.

8. Al netto di ciò, tuttavia, il profilo della nuova disciplina che sembra più rilevante è quello per cui, in virtù del disposto del nuovo art. 21-*bis*, il giudicato penale favorevole irrompe nel processo tributario ancora pendente nonostante i regimi probatori dei due processi siano tuttora nettamente differenti.

Ciò vale, innanzitutto, per i mezzi di prova utilizzabili: nel processo tributario rivestono tuttora un certo rilievo le presunzioni legali e giurisprudenziali, che condizionano, con una certa frequenza, il giudizio tributario, mentre è noto che non vincolano il libero convincimento del giudice penale. Inoltre, va considerato che nel processo tributario solo di recente la prova testimoniale è stata introdotta nel corpo dell'art. 7 del d.lgs. 546 del 1992, peraltro in forma scritta e con una serie di limitazioni.

Ma soprattutto, la principale differenza tra i due giudizi risiede nelle regole vigenti in tema di riparto degli oneri probatori e in tema di criteri di valutazione delle prove.

Ciò nonostante, la *littera legis* non lascia spazio a molti dubbi: qualora, a seguito di dibattimento, sia stata pronunciata assoluzione con la formula più favorevole ("il fatto non sussiste" o "l'imputato non lo ha commesso"), il giudice tributario deve adeguarsi alla sentenza penale, senza considerare le diversità che intercorrono tra il regime probatorio tributario e quello penale, e, di conseguenza, senza alcuna facoltà di valutare e/o ponderare le prove che provengono dal processo penale.

Ciò significa che, in presenza delle condizioni poste dall'art. 21-*bis*, l'intero regime probatorio proprio del giudizio tributario viene travolto in favore di quello penale.

Ma ricollegandosi a quanto detto sopra, la nuova disciplina presenta un ulteriore profilo rilevante, di particolare interesse in questa sede.

Sancendo l'efficacia di giudicato della sentenza di assoluzione anche nel processo tributario, infatti, la norma incide fortemente anche in materia probatoria, in quanto produrranno effetto nel giudizio tributario anche le sentenze pronunciate ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p., il quale prevede che la mancanza, l'insufficienza o la contraddittorietà della prova che il fatto sussista o che l'imputato l'abbia commesso, porta comunque all'assoluzione, con formula piena, perché il fatto non sussiste (in questi termini vedi, ad esempio, Cass. pen., sent. 17 novembre 2022, n. 43598).

9. Parte della dottrina ha osservato come la disciplina dell'art. 21-*bis* potrebbe dare luogo ad un'ingiustificata discriminazione tra contribuenti sulla base di un criterio meramente casuale, a seconda che questi concorrano alle spese pubbliche in base ad un reddito accertato dal giudice penale o, viceversa, in base ad un reddito accertato dal giudice tributario.

L'osservazione coglie nel segno, soprattutto alla luce dell'interpretazione riduttiva del comma 5-*bis* finora sposata dalla giurisprudenza di legittimità. Se tale orientamento venisse confermato, infatti, verrebbero posti nel nulla i rigorosi *standard* valutativi introdotti nella riforma, e verrebbero lasciate intatte le profonde differenze tra il regime probatorio tributario e quello processual-penalistico.

Al contrario, il rischio di una siffatta discriminazione potrebbe essere ridotto se si accogliesse l'opposta interpretazione del comma 5-*bis*, che, valorizzandone tanto la *littera legis* quanto la *ratio*, armonizzerebbe i due regimi probatori.

In questo modo, il comma 5-*bis* potrebbe rappresentare un ulteriore passo nel percorso di avvicinamento e reciproca interferenza tra processo tributario e processo penale, da tempo iniziato proprio sul terreno probatorio.

Se è vero, infatti, che l'art. 1, comma 2 del d.lgs. 546/1992 prevede che il modello processuale di riferimento per il processo tributario dovrebbe essere il codice di procedura civile, ormai da qualche anno sono state introdotte delle norme che qualificano il pagamento del debito tributario — nella misura quantificata in sede tributaria — come causa attenuante (art. 13-*bis*, comma 1, del d.lgs. 74/2000), o come causa di non punibilità (vedi art. 13, commi 1 e 2, del d.lgs. 74/2000) o come condizione per accedere al patteggiamento (art. 13-*bis*, comma 2, del d.lgs. 74/2000).

Bibliografia essenziale.

A. CARINCI, *La riforma dell'onere della prova nel processo tributario*, in *Memento più*, Giuffrè, 26.9.2023; E. DELLA VALLE, *La "nuova" disciplina dell'onere della prova nel rito tributario*, in *Il Fisco*, 40/2022, 3807 ss.; V. Fi-

CARI, *Modifiche normative ed onere della prova tra procedimento e processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 6/2023, 603 ss.; A. GIOVANNINI, *L'onere della prova nell'accertamento analitico-presuntivo*, in *L'onere della prova*, a cura di F. Anelli - A. Briguglio - A. Chizzini - M. De Poli - E. Gragnoli - M. Orlandi - L. Tosi, Padova, 2024, 1204 ss.; C. GLENDI, *L'istruttoria del processo tributario riformato. Una rivoluzione copernicana!*, in *Dir. prat. trib.*, n. 6/2022, Padova, 2022, 2192 ss.; ID., *Primi esperimenti applicativi delle Corti di merito sulla regola finale del fatto incerto nel processo tributario riformato*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2023, 3, 255 ss.; M. GOLISANO, *Riflessioni in ordine all'impatto del nuovo comma 5-bis, art. 7, D.Lgs. n. 546/1992 in riferimento alle imposte indirette*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 15.6.2023; A. MARCHESELLI, *Onere della prova, orecchio assoluto, riforma della giustizia tributaria e auspicabile de profundis per le c.d. presunzioni giurisprudenziali*, ivi, 15.12.2022; ID., *I poteri delle Corti di giustizia tributaria*, in *Contenzioso Tributario*, II ed., a cura di A. Marcheselli, Milano, 2024, 125 ss.; G. MELIS, *Su di un tritico di questioni di carattere generale relative al nuovo comma 5-bis dell'art. 7 D.Lgs. n. 546/1992: profili temporali, rapporto con l'art. 2697 c.c. ed estensione del principio di vicinanza alla prova*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 19.5.2023; G. MERCURI, *Onere della prova: dal contributo di Allorio alla recente riforma del processo tributario*, in *Riv. dir. finanz. e scienza fin.*, 3/2022, 324 ss.; G. MOSCHETTI, *Il nuovo intervento riformatore del processo tributario: una politica di piccoli passi che non scalfisce l'accentuata "specificità" del processo tributario*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 19.1.2023; ID., *Il comma 5-bis dell'art. 7 D.Lgs. n. 546/1992: un quadro istruttorio per ora solo abbozzato, tra riaffermato principio dispositivo e diritto pretorio acquisitivo*, ivi, 28.1.2023; S. MULEO, *Onere della prova, disponibilità e valutazione delle prove nel processo tributario rivisitato*, in *La riforma della giustizia e del processo tributario*, a cura di A. Carinci - F. Pistolesi, Milano, 2022, 83 ss.; P. RUSSO, *Problemi in tema di prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria*, editoriale in *Riv. tel. dir. trib.*, 7.12.2022, XV, 1013 ss.; L. TOSI, *L'onere della prova nel processo tributario*, in *L'onere della prova*, a cura di F. Anelli - A. Briguglio - A. Chizzini - M. De Poli - E. Gragnoli - M. Orlandi - L. Tosi, Padova, 2024, 1195 ss.

L'onere della prova nell'applicazione giurisprudenziale

di MASSIMO BASILAVECCHIA

SOMMARIO: 1. L'impostazione classica. — 2. Fatti costitutivi e fatti impeditivi dell'obbligazione tributaria? — 3. Fattori di debolezza (se non errori) della soluzione giurisprudenziale. — 4. Gli effetti della novella del 2022 sulla giurisprudenza in tema di onere della prova.

1. L'impostazione classica.

Ricostruire la posizione della giurisprudenza sull'onere della prova appare un percorso quasi inevitabile, poiché è palese che le modifiche legislative del 2022 vanno lette in chiave di volontà di superamento della giurisprudenza di legittimità degli anni duemila; esse sono sotto tale profilo innovative, mentre nel contenuto sembrano tornare al passato, ricongiungendosi ai “vecchi” principi giurisprudenziali fissati quando le controversie tributarie devolute alla Suprema Corte erano di numero molto inferiore ed erano decise dalle tre sezioni civili.

Semplificando, si può ricordare che i principi giurisprudenziali “classici” erano fermi nell'individuare nell'amministrazione finanziaria il soggetto onerato della prova della pretesa tributaria, sia attribuendo ad essa il ruolo di attore sostanziale (non era estranea, a questa visione, la qualificazione dell'atto impositivo come atto assimilabile ad un atto processuale, in quanto veicolante la “domanda”), sia, in chiave evolutiva, sulla base della considerazione che la legge attribuiva all'amministrazione una serie di poteri di indagine finalizzati appunto a poter sottoporre al giudice le prove della pretesa, supportando l'amministrazione con la pre-

visione di una serie imponente di presunzioni legali relative ⁽¹⁾.

Evidente l'assonanza con il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 7 del d.lgs. n. 546/92 sul processo tributario il quale recupera (ed enfatizza) tale assetto, chiarendo da un lato che, sugli atti impositivi "ablatori", l'onere della prova ricada sull'Amministrazione (mentre sulle controversie di rimborso è il contribuente ad essere onerato) e, dall'altro, che l'assolvimento dell'onere deve essere valutato con rigore dal giudice tributario di merito, annullando l'atto impositivo quando la prova ("delle ragioni oggettive della pretesa") sia carente, contraddittoria, non circostanziata, incoerente rispetto alla normativa sostanziale.

Probabilmente, al consolidarsi di quella giurisprudenza tributaria ha contribuito la storica sentenza n. 2990 del 1979, per effetto della quale cade il dogma della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, sino ad allora imperante. Nel momento in cui si afferma che l'atto amministrativo si presenta al giudice senza una pregiudiziale apparenza di legittimità (e di fondatezza, rispetto alle pretese patrimoniali) ed è privo di una "superiorità" gerarchica, viene meno una delle ragioni fondanti per onerare della prova il contribuente e si pongono le premesse per un riparto dell'onere probatorio che ha riguardo alla posizione sostanziale dei soggetti che rispettivamente avanzano o subiscono la pretesa tributaria.

Questa posizione dimostra una parziale coincidenza con la dottrina (Allorio, 1969, di cui resta fondamentale il senso etico della frase per cui l'autorità deve, prima di emettere l'atto, dare la prova a se stessa; Tesauro, 1986 e 2000); ma quest'ultima è più chiaramente ancorata alla visione "provvedimentale" dell'atto di accertamento che assegna rilevanza alle presunzioni legali (che alleviano l'onere della prova a carico dell'amministrazione) e al previo procedimento amministrativo di raccolta delle prove.

Nella giurisprudenza invece il paradigma processualcivilistico resta latente, anche quando inespresso, e questo spiega perché

(1) Per ovvie ragioni di economia, si limita il discorso essenzialmente ai giudizi aventi ad oggetto pretese dell'amministrazione verso il contribuente.

poi nel ventunesimo secolo la Corte di cassazione (soprattutto la sezione tributaria e le sezioni unite) adatti e scomponga il principio, individuando nelle regole civilistiche la soluzione al riparto dell'onere probatorio.

Non si può in questa sede analizzare quanto e in che modo, sul tema del riparto, incidano le incertezze, persistenti fino agli anni Novanta, sulla natura dispositiva del processo; è sufficiente ricordare che, fino all'attuale formulazione dell'art. 7 d.lgs. n. 546/92 ⁽²⁾, vi erano elementi non trascurabili a sostegno di una concezione inquisitoria del processo tributario; ancora oggi, del resto, è riconosciuto dall'art. 7 un limitato potere istruttorio integrativo del giudice tributario, che si esercita anche in difetto di richieste delle parti (a mio avviso, in tale ambito va collocata anche la previsione di una testimonianza scritta, quando appaia "necessaria"; si parla infatti di un processo dispositivo ma con elementi "acquisitivi", in un senso prossimo a quello adottato nel processo amministrativo).

Quello che invece è importante anticipare già da queste considerazioni introduttive, è che l'impostazione tradizionale del riparto dell'onere probatorio è autorevolmente avallata, ancora nel 2007, dalla Corte costituzionale (sentenza n.109, estensore Vaccarella), proprio in occasione della questione di legittimità costituzionale che investiva la soppressione del comma tre dell'art. 7, ma modernizzandola in chiave pubblicistica: «Il presidio dell'essenziale funzione del processo e della terzietà del giudice è costituito dal principio dell'onere della prova, la cui ripartizione tra le parti del processo non può essere ancorata alla posizione formale (di attore o convenuto) da esse assunto in ragione della struttura del processo, ma deve modellarsi sulla struttura del rapporto giuridico formalizzato, in esito al procedimento amministrativo, nel provvedimento impositivo: ciò che la giurisprudenza di legitt-

(2) Nel testo originario, si dispone espressamente che i poteri istruttori d'ufficio vengano limitati ai fatti dedotti dalle parti; poi nel 2005, con la soppressione del terzo comma dell'art. 7, viene eliminata la possibilità di disporre l'acquisizione di documenti non prodotti dalle parti.

timità, definitivamente ripudiando l'idea che la cosiddetta presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo possa intendersi in senso tecnico e quindi come inversione dell'onere della prova, ha riconosciuto statuendo che l'onere della prova grava sull'Amministrazione finanziaria, in qualità di attrice in senso sostanziale, e si trasferisce a carico del contribuente soltanto quando l'Ufficio abbia fornito indizi sufficienti per affermare la sussistenza dell'obbligazione tributaria» ⁽³⁾.

2. Fatti costitutivi e fatti impeditivi dell'obbligazione tributaria?

La giurisprudenza del XXI secolo della nuova sezione tributaria da un lato conferma la derivazione del criterio di riparto dall'art. 2697 c.c.; tuttavia, declina questo legame, riprendendo spunti già emersi nella giurisprudenza degli anni Ottanta e Novanta (però formatasi soprattutto in tema di opposizione all'ingiunzione fiscale) in un modo diverso e articolato, scomponendo i diversi elementi costitutivi della pretesa tributaria. Si assegna così al contribuente l'onere della prova su circostanze che rappresentano elementi del fatto imponibile a lui favorevoli (non solo agevolazioni o esenzioni; non solo elementi rilevanti nella liquidazione dell'imposta — deduzioni, detrazioni, crediti — ma anche elementi rilevanti nella determinazione dell'imponibile e “favorevoli” al contribuente: i componenti negativi di reddito, le spese deducibili).

Si dà vita ad un vero e proprio sistema, scomponendo (disgregando), come si dirà, il fatto imponibile. Non è estraneo a

⁽³⁾ È importante anche il periodo precedente: «La rilevanza pubblicistica dell'obbligazione tributaria giustifica ampiamente i penetranti poteri che la legge conferisce all'amministrazione nel corso del procedimento destinato a concludersi con il provvedimento impositivo, ma certamente non implica affatto — né consente — che tale posizione si perpetui nella successiva fase giurisdizionale e che, in tal modo, sia contaminata l'essenza stessa del ruolo del giudice facendone una sorta di *longa manus* dell'amministrazione: in particolare, attribuendo al giudice poteri officiosi che, per la indeterminatezza dei presupposti del loro esercizio (o non esercizio), sono potenzialmente idonei a risolversi in una vera e propria supplenza dell'amministrazione».

questo assetto, che viene sempre più consolidato e applicato ad ipotesi sempre più numerose, tanto da assumere una valenza quasi normativa, il criterio della vicinanza della prova (Muleo, 2021 e 2022), che era stato legittimato nel 2001 dalle sezioni unite (ordinanza n. 13533/2001). Tale influenza resta però spesso implicita, perché, nella stragrande maggioranza, le innumerevoli ⁽⁴⁾ decisioni sul tema (siano ordinanze, siano sentenze) preferiscono comunque fondare la conclusione sul testo dell'art. 2697 c.c., e sulla tradizionale distinzione tra fatti costitutivi della pretesa e fatti impeditivi, modificativi, estintivi.

È però molto probabile che la scelta di politica interpretativa derivi dalla riflessione critica sull'insufficienza dell'impianto della riforma tributaria degli anni Settanta a garantire un'efficace azione di contrasto all'evasione. Tale impianto valorizzava al massimo gli adempimenti del contribuente nella fase di accertamento e di riscossione, così da costituire una presunzione di legittimità rovesciata, rispetto a quella che veniva applicata nel diritto comune a proposito del provvedimento amministrativo. Il contribuente è onerato di una serie di obblighi che dovranno favorire l'azione — eventuale — di controllo del fisco, il peso del funzionamento della macchina fiscale (in termini meno aulici, il gettito) grava sul contribuente; e dunque per poter dire che gli adempimenti demandati al protagonista dell'attuazione della norma tributaria sono stati assolti in modo insufficiente, infedele, inadeguato, o addirittura sono stati omessi, l'amministrazione deve avere prove precise, anche perché, in una sequenza applicativa così congegnata, è quasi inevitabile che ogni volta che ci crei un presupposto per notificare atti impositivi di accertamento o di riscossione, emerga anche un illecito da sanzionare in via amministrativa e/o penale.

La realtà che si presenta però ai giudici (soprattutto di ultima istanza, deputati a decidere sostanzialmente la sorte della prete-

⁽⁴⁾ Tanto da scoraggiare tentativi di citazione, che sarebbero destinati ad essere incompleti e quindi involontariamente fuorvianti.

sa tributaria) rivela una estrema difficoltà dell'amministrazione: troppi sono gli atti che, ad una visione oggettiva e schematica del riparto dell'onere della prova, dovrebbero essere annullati per mancato assolvimento dell'onere. Troppo difficile, secondo i giudici (ma leggendo le norme, tale difficoltà è difficile coglierla), pretendere che l'amministrazione ricostruisca con precisione circostanze di fatto note, nella loro entità, solo al contribuente. Questa è anche la premessa sulla quale si manifesterà il ricorrente contrasto tra esiti dei giudizi tributari, nei quali può essere sufficiente una ricostruzione indiziaria (spesso, infatti, non vi sono le condizioni per qualificare presuntivamente accertato un determinato inadempimento) ed esiti nei giudizi penali, nei quali l'accusa viene recepita in sede di giudizio solo se adeguatamente provata.

Si assiste dunque, come tentativo di assestamento, di riequilibrio, da parte della sezione tributaria della Suprema Corte, ad una imprevedibile scomposizione del fatto imponibile: l'art. 2697 c.c. viene articolato in funzione degli elementi del tributo: gli elementi ammessi in deduzione devono essere provati dal contribuente, perché sono fatti impeditivi, o modificativi, o estintivi (vs. Cipolla 2005, il quale sottolinea che mentre i primi sono sincroni, rispetto al fatto costitutivo, i secondi e i terzi sono diacronici, ossia sorgono dopo) ⁽⁵⁾.

Il criterio della vicinanza della prova in realtà non è mai approfondito (v. ad es. Cass., n. 13588/2018, ed i precedenti ivi ci-

⁽⁵⁾ Acutamente (Cataldi 2024) si è proposto l'esempio di un'imposta dichiarata e non versata e ci si è chiesti se sia ragionevole che l'amministrazione debba fornire la prova dell'effettivo inadempimento, quando il fatto estintivo (l'avvenuto pagamento, documentato da quietanza) è nella piena disponibilità del contribuente. L'esempio, però, regge fino a un certo punto: l'amministrazione non può limitarsi a dire che un'imposta non è stata pagata, ma deve provarlo in base agli atti in suo possesso; l'onere del fatto estintivo grava effettivamente sul ricorrente perché contrasta un fatto che l'amministrazione ha apparentemente provato; ma, come nota Cipolla, si tratta di fatto diacronico, rispetto al fatto imponibile. Certamente, l'esempio ci ricorda che le vicende della riscossione sono più vicine all'"obbligazione", e meglio reggono ad un trapianto delle regole civilistiche; ma se proviamo ad adattare l'esempio ai costi di un'impresa, irragionevole diventa imporre la prova sempre e comunque al contribuente.

tati ⁽⁶⁾); ma la combinazione della (dichiarata) frammentazione del fatto imponibile da un lato, e l'immanenza (presupposta) del criterio della vicinanza, dà luogo a conseguenze spesso nient'afatto condivisibili.

Si prendano i seguenti esempi.

Secondo Cass. n. 13605/2003 «L'onere della prova della esistenza del diritto alla detrazione ricade, infatti, integralmente sul contribuente che la invoca, e non grava neppure in parte sull'ufficio. Deve essere il contribuente, e non l'ufficio impositore, a fornire la prova delle circostanze addotte, sull'esistenza degli acquisti di beni e sull'acquisizione di servizi cui si riferirebbero le fatture non reperite, sull'effettivo pagamento dell'IVA passiva rispetto ad esse, sulla loro detraibilità (anche nel senso della riferibilità delle operazioni all'attività di impresa) ... È evidente, del resto, che, nel caso in cui siano possibili riscontri incrociati, è molto più facile per il contribuente interessato che per l'Ufficio procurarsi la documentazione necessaria; né sussistono ragioni per addossare un simile onere all'Ufficio stesso». La soluzione offerta va contestualizzata, perché nei periodi d'imposta decisi in quell'occasione l'amministrazione non acquisiva in via telematica i dati, né si presentava il c.d. "spesometro"; tuttavia, nella sua absolutezza, dimostra la tendenza a trascurare i poteri istruttori concessi all'amministrazione e rivela quello scetticismo sotterraneo sulla efficienza dell'amministrazione che percorre tutto questo pluridecennale indirizzo.

Cass. n. 21953/2007, elabora il principio di ripartizione "mista" dell'onere per le FOI, fornendo una ricostruzione compiuta dei diversi indirizzi e delle rispettive giustificazioni, ricostruzione dalla quale emerge anche la tendenziale contraddittorietà del

⁽⁶⁾ «Passando adesso alla questione dell'onere della prova dell'inerenza del costo, la Cassazione ha avuto più volte modo di affermare che, in tema di accertamento delle imposte sui redditi, secondo la disciplina del TUIR, l'onere di dimostrare i presupposti dei costi deducibili concorrenti alla determinazione del reddito d'impresa, ivi compresa la loro inerenza e la loro diretta imputazione ad attività produttive di ricavi, incombe sul contribuente, anche in base al canone della vicinanza della prova (Cass. 17/09/2014, n. 19600; 8/10/2014, n. 21184; 26/05/2017, n. 13300)».

sistema bilanciato che si intende avallare. La sentenza sebbene risalente ha una sua importanza perché i termini del problema non si sono mai discostati da quanto ivi riportato e per la precisione con la quale i diversi orientamenti sono riepilogati (7).

La sentenza ora ricordata dà atto di un orientamento più favorevole a dare rilievo alla tenuta della contabilità quale fonte di prova dell'effettività dell'operazione; ne è un esempio Cass., n. 18710/2005, la quale esprime tuttavia un orientamento minoritario.

Non mancano, poi, i casi di applicazione rovesciata del criterio della vicinanza, nel senso di ritenere onerata l'amministrazione, ma sono circoscritti a ipotesi limitate.

Ad esempio, Cass. n. 20858/2016, in base al criterio della vicinanza della prova attribuisce l'onere all'amministrazione di provare esistenza e modalità della firma, in caso di contestata sottoscrizione dell'atto impositivo.

3. Fattori di debolezza (se non errori) della soluzione giurisprudenziale.

L'impressione è che, sia pure ispirata dall'intento di non rendere troppo difficile l'azione accertatrice dell'amministrazione, la

(7) «Del resto, la giurisprudenza di questa Corte è unanime nell'affermazione secondo cui “la correttezza formale della contabilità non può diventare un alibi per commettere ogni possibile violazione delle leggi fiscali”. E dunque qualora l'Amministrazione fornisca validi elementi di prova per affermare che alcune fatture sono state emesse per operazioni inesistenti, incombe sul contribuente l'onere di dimostrare l'effettiva esistenza delle operazioni (sentenze n. 19109 del 29 settembre 2005; e n. 4046 del 21 febbraio 2007 in quest'ultima sono state ritenute adeguate a suffragio delle tesi erariali le circostanze secondo cui non risultava la prova del pagamento della somma indicata in fattura; non risultava stipulato un contratto di appalto scritto, nonostante il valore ingente delle opere pari a circa L. 13 miliardi; non era stata fornita la prova dell'esecuzione di alcun lavoro). La giurisprudenza è però, come dimostrano le sentenze da ultimo citate, altrettanto costante nel ritenere che la Amministrazione per disattendere la contabilità del contribuente deve pur sempre accampare un qualche elemento anche indiziario che infici questa contabilità. Non è certo sufficiente che asserisca apoditticamente di non accettare i dati che emergono dalla documentazione altrui. È necessario indichi gli elementi su cui fonda la sua asserzione. Ed il giudice di merito investito della controversia deve prendere in considerazione questi elementi non può limitarsi a dichiarare che essi esistono e sono tali da dimostrare la falsità delle fatture».

giurisprudenza abbia creato un criterio di riparto non compatibile con l'assetto normativo.

In estrema sintesi, possono muoversi rilievi critici sulla presenza di:

- omissioni, perché non viene affatto considerato che le presunzioni legali non avrebbero senso, se veramente l'onere della prova sugli elementi negativi spettasse al contribuente;
- equivoci, perché la immanente difficoltà di prova dell'amministrazione sembra già considerata dalla normativa, non solo con le presunzioni legali, ma anche e soprattutto con i poteri istruttori, la creazione di banche dati e di algoritmi, infine con il sia pur ristretto potere istruttorio integrativo spettante al giudice tributario di merito.

Sul piano metodologico, poi, se si accetta l'idea che il riparto più rispettoso del giusto processo debba vedere un intervento del giudice tributario attento alle peculiarità del caso, non si può condividere l'assolutezza e la rigidità del principio adottato (applicato, ad esempio, anche al giudizio di inerenza, che si basa su fatti, ma non è certamente un fatto suscettibile di prova; così come il giudizio sulla congruità del costo). Lo schematismo, il carattere tralaticio delle affermazioni spesso non attente alle peculiarità del caso, indeboliscono concettualmente il criterio di riparto scomposto tra elementi positivi e negativi dell'imposizione, anche perché, in una impostazione che continua a riferirsi all'obbligazione tributaria come istituto giuridico di riferimento per spiegare il prelievo, questo frazionamento induce a chiedersi se l'oggetto della controversia sia veramente l'obbligazione, e non piuttosto singoli atti e comportamenti dei soggetti (attivo e passivo) del tributo.

Una distinzione molto più precisa si rinviene nella sentenza della Suprema Corte, n. 18904/2018, la quale non intende certamente smentire l'orientamento tradizionale, e tuttavia esprime una dialettica molto più articolata, assegnando il giusto valore anche alle argomentazioni difensive, secondo una linea di demarcazione che potrebbe essere conservata anche nel vigore del nuovo comma 5-bis, di cui si diceva in apertura. Precisa questa sentenza:

- a) che l'onere della prova “originario” in capo al contribuente ha ad oggetto la conservazione della documentazione — non solo contabile ma anche negoziale — circa le spese sostenute, e la riscontrata mancanza consente all'Agenzia di affermare l'indeducibilità;
- b) che, pure in presenza di rilevazione contabile corretta da parte del contribuente, può l'amministrazione rinvenire fatti che consentono di dubitare delle spese contabilizzate, in termini di congruità e anche di effettiva inerenza; in tal caso, se
 - b1) il contribuente nega la sufficienza degli elementi addotti dall'Agenzia delle entrate, non assume oneri probatori, limitandosi ad una critica demolitoria e a sostenere che è contro parte a non aver assolto l'onere che su di essa incombe;
 - b2) il contribuente adduce fatti e circostanze propri e diversi, in grado di ampliare lo spettro dell'indagine, allora assume l'onere di provare quanto afferma.

Questa sentenza ha un merito indiscutibile, perché il criterio della posizione sostanziale non deve far dimenticare la persistente rilevanza della posizione processuale: chi nel ricorso, a qualsiasi fine, imposta la propria difesa su determinati fatti, ha l'onere di provarli ⁽⁸⁾.

Peraltro, l'assetto consolidato della Suprema Corte, solo temperato, e non sempre, in occasione di decisioni come quella da ultimo citata, determina conseguenze negative sul piano della parità delle armi: l'onere della prova accollato al contribuente è spesso di difficile assolvimento: non si guarda troppo per il sottile, e allora si giustifica persino l'onere della prova negativa.

La prova “vicina” al contribuente è a volte fantomatica, perché nessun elemento formale è sufficiente a soddisfare la pretesa giurisprudenziale (tipico il caso delle fatture per operazioni inesistenti, rispetto alle quali non valgono, quale prova dell'esistenza, né il pagamento, né il trasporto, né la fatturazione, né la corrispondenza). Si aggiunga che quel fattore di bilanciamento costi-

(8) C. OLIVA, *L'onere della prova nel processo tributario*, II ed., 2012.

tuito dalla “non contestazione”, in grado di compensare, limitandolo, l’onere della prova, viene solo formalmente ammesso dalla giurisprudenza, la quale, troppo spesso, ne nega la rilevanza, considerando implicita la contestazione nelle motivazioni dell’atto impositivo (come possa, poi, essere questo atto preprocessuale idoneo a contestare affermazioni del ricorrente avanzate solo nel ricorso, non è spiegato né spiegabile).

Il cortocircuito è completato — ed ecco perché il legislatore, in questo caso il Parlamento, ha ritenuto di dover intervenire — se si considera che invece dal lato dell’amministrazione l’onere della prova sui componenti positivi dell’imponibile è assai ridimensionato da un sistematico ricorso a presunzioni semplici, in quanto tali non tipizzate dalle norme. Le quali realizzano un effetto perverso, di sostanziale trasfigurazione della normativa sostanziale, se non impiegate con prudenza: gli esempi sono troppi, ma non si possono non citare le decisioni sulla trasparenza “giurisprudenziale” applicata alle società a responsabilità limitata a ristretta base sociale, o quelle che, presumendo sempre e comunque l’incasso di corrispettivi per prestazioni di servizi ultimate, finiscono con l’applicare ai professionisti il criterio di competenza previsto per le imprese.

Ora, poiché non è pensabile che il giudice di legittimità non colga la tensione che queste presunzioni creano rispetto al diritto sostanziale, ci si deve interrogare sul retroterra culturale che ispira l’assetto che la riforma del 2022 ha inteso contrastare.

Ed al riguardo emerge la probabile influenza del retaggio inquisitorio del processo, ancora latente: la volontà di ricerca di una verità che vada oltre l’apporto probatorio delle parti induce ad applicare in modo atecnico la regola di giudizio e a “graziare” l’amministrazione tutte le volte che l’apparato dimostrativo della fondatezza dell’atto è inadeguato, anche se descrive una situazione possibile e verosimile.

Il paradosso è che, ragionando in termini inquisitori, non si tiene mai conto del ricorso al principio acquisitivo (ancora vitale nel processo amministrativo; SAITTA, 2025), che pure consentireb-

be di integrare quei sospetti ad esempio sulle fatture di dubbia esistenza. Se poi si ritiene che così si verificherebbe una supplenza indebita rispetto alle indagini carenti dell'amministrazione, allora la prova dovrebbe essere dichiarata insufficiente come dovrebbe accadere con il nuovo testo dell'art. 7.

4. Gli effetti della novella del 2022 sulla giurisprudenza in tema di onere della prova.

Confrontata con la giurisprudenza fin qui considerata, la portata della novella dovuta al comma 5-*bis* dell'art. 7 del decreto n. 546/92 non sembra possa essere minimizzata (in questo senso invece Cataldi 2024), né nella parte in cui assegna su basi autonome dall'art. 2697 c.c. l'onere della prova (e quindi non consente più di distinguere tra elementi positivi e elementi negativi), né nella parte in cui chiama il giudice ad un particolare rigore nella valutazione della prova, richiedendo che quest'ultima sia assolta, dall'amministrazione nelle liti oppositive e dal contribuente nelle liti pretensive di rimborso, in modo circostanziato, puntuale, oggettivo, non contraddittorio, e pervenendo comunque ad un risultato conforme al diritto sostanziale.

Non solo l'impatto è radicale, ma appare chiaro che la novella è ispirata proprio da un'intenzione di superare l'impasse della giurisprudenza, le sue rigidità, l'erronea scissione del fatto imponibile tra elementi positivi ed elementi negativi. Non è qui possibile prefigurare le diverse letture che sarà possibile dare delle diverse preposizioni di cui il comma 5-*bis* si compone, ma è certo che le cose non dovrebbero tornare allo stadio precedente, sul tema del riparto dell'onere probatorio. Né alla giurisprudenza degli anni duemila, ma neanche a quella precedente, che, come detto, risentiva di una certa visione "processuale" dell'atto impositivo, portatore di una domanda che il giudizio tributario (*species* del giudizio civile) avrebbe dovuto valutare. Oggi l'ambiente in cui si colloca la regola di riparto è profondamente diverso, e tutto sommato appare frutto di un disegno coerente, o quanto meno compatibile, anche il sistema delineato dal nuovo Statuto dei diritti del contribuente, arricchito dalla riforma tributaria (d.lgs. n. 209/23).

L'art. 7 comma 5-*bis* della legge processuale richiede all'amministrazione che la prova sia acquisita in giudizio, perché guarda al tema dall'angolo visuale del giudice che, per poter rigettare il ricorso, deve avere una ragionevole certezza (oltre i ragionevoli dubbi) della fondatezza della pretesa tributaria. Non contrasta con questa formulazione l'art. 7 comma 1-*bis* dello Statuto, nella parte in cui richiede che l'atto impositivo indichi le prove sulla cui base viene emesso. La prova fornita in giudizio dall'amministrazione, infatti, sarà normalmente costituita in larghissima parte da prove acquisite prima dell'emissione dell'atto impugnabile; ed è ragionevole che esse siano non fornite, ma quanto meno indicate, già nell'atto impugnato. Sarebbe però assurdo se la norma statutaria intendesse precludere all'amministrazione di fornire in giudizio altri riscontri probatori; però questi, normalmente, saranno costituiti da prove su fatti introdotti per effetto dei motivi di ricorso del contribuente e non da prove relative ai fatti fondanti della pretesa, che devono essere invece presenti e individuati (e poi offerti al giudice) già quando il potere viene esercitato e il provvedimento viene emesso. La ragione di un maggiore rigore nell'indicazione delle prove, anticipata in via generale (in alcuni tributi tanto era già previsto) al momento di emissione dell'atto, si spiega d'altra parte con il fatto che i vizi nella raccolta delle prove (tutti, e non solo quelli lesivi di diritti fondamentali tutelati in Costituzione) conducono all'annullabilità dell'atto impositivo, se dedotti con il ricorso (anche se la norma parla di inutilizzabilità).

La rilevanza che assume, in questo sistema, l'attività istruttoria, pone in una luce diversa anche il tema della vicinanza della prova, che sembra non poter svolgere quel ruolo integrativo dei criteri (superati) di cui all'art. 2697 c.c.; probabilmente, nel nuovo sistema, e nello sviluppo del fisco telematico, nemmeno è corretto identificare sempre il contribuente come parte più vicina alla realtà delle cose (sui fornitori di un'impresa, ad esempio, è verosimile che il fisco abbia informazioni maggiori e migliori, rispetto al contribuente; ed è noto quale frequenza abbia l'impugnazione di atti impositivi che nascono da illeciti o frodi compiuti da terzi).

Fa emergere, la novella, il reale punto debole della giurisprudenza, ossia il suo derivare esclusivamente dal giudizio civile, ignorando sia il nesso tra istruttoria amministrativa e processo, sia l'influenza sulle liti relative all'atto di accertamento del parallelo profilo sanzionatorio.

Il punto debole, già evidente in precedenza, diventa oggi insostenibile, sia dopo la procedimentalizzazione dell'istruttoria tributaria dovuta alla riforma dello Statuto del contribuente, sia per l'inevitabile analogia tra il comma 5-*bis* dell'art. 7 d. lgs. n. 546/92 e l'art. 530 cpp. quanto a intensità della convinzione del giudice richiesta da entrambe le disposizioni ⁽⁹⁾.

Le considerazioni che precedono dovrebbero far concludere nel senso che la giurisprudenza non dovrebbe poter conservare lo stesso indirizzo, rispetto all'onere della prova, soprattutto con riguardo agli elementi "negativi". Ma l'esperienza dei primi anni di questo secolo ha insegnato che la Suprema Corte è resiliente rispetto a innovazioni normative delle quali non sia convinta, o che ritenga troppo sbilanciate a danno di un'efficace azione del fisco. Ed infatti a proposito del comma 5-*bis* i primi segnali indicano la volontà di proseguire il proprio percorso e di svalutarle ⁽¹⁰⁾.

L'atteggiamento prudente della Suprema Corte rispetto alla novella potrebbe avere un più convincente supporto sistematico se, anziché appoggiarsi alle massime tralaticie, dovesse recuperare quella

⁽⁹⁾ Non a caso, il comma 5-*bis* allude alle violazioni e, anche se questa espressione non può far pensare che il riparto dell'onere probatorio riguardi solo le controversie in tema di sanzioni amministrative, essa ha un indubbio spessore al fine di ricostruire *ratio* e *intentio legis* (Marcheselli, 2024, analizzando il problema conclude che non sarebbe accettabile considerare più rigidi i criteri valutativi della prova solo sulle sanzioni in assonanza con il penale).

⁽¹⁰⁾ Per la verità, alcune isolate decisioni della Suprema Corte avevano dato l'impressione di un atteggiamento diverso, sia pure senza mai menzionare il comma 5-*bis*. L'ordinanza n. 8270 del 22 marzo 2023 afferma infatti che il controcredito opposto dall'amministrazione rispetto ad una domanda di rimborso derivante da dichiarazione non accertata deve essere rigorosamente provato dall'amministrazione. La sentenza n. 16595 del 12 giugno 2023, in tema di inapplicabilità del principio dell'"incasso giuridico", svolge considerazioni critiche che mostrano la consapevolezza di dover ricondurre l'accertamento alla conformità con il diritto sostanziale (effetto che potrebbe sembrare scontato, ma che in realtà la novella del 2022 ha inteso opportunamente esplicitare).

distinzione che abbiamo riassunto in precedenza, citando la sentenza della Corte di cassazione, n. 18904/2018, tra i presupposti fondanti l'accertamento — senza dubbio ricadenti nell'onere a carico dell'amministrazione — e fatti e situazioni contrapposti dal contribuente in sede di ricorso; su questi ultimi, per regola generale, può ipotizzarsi che l'onere della prova ricada sul ricorrente, perché sono fatti affermati e introdotti da quest'ultimo; che spetta a lui provare, soprattutto se in posizione di maggiore vicinanza rispetto ad essi.

Tuttavia, se nelle prime decisioni in cui veniva in rilievo detto comma 5-*bis*, la disposizione era considerata retroattiva, minimizzandone però la portata, qualche segnale di graduale ripensamento viene dalla riconosciuta valenza sostanziale della novella, che è incompatibile con l'affermazione del suo effetto non innovativo. Vale la pena citare ad esempio Cass., n. 16493/2024: «la disposizione in esame, di natura sostanziale e senza alcuna valenza interpretativa di altre disposizioni in tema di valutazione delle risultanze probatorie, non ha efficacia retroattiva e, quindi, si applica, ai giudizi introdotti successivamente al 16 settembre 2022, data di entrata in vigore dell'art. 6 della legge n. 130 del 2022 che l'ha introdotta, per la quale il successivo art. 8, dettato in materia di «disposizioni transitorie e finali», non prevede una diversa decorrenza». Dietro la — corretta (Marcheselli 2024) — affermazione che la disposizione ha effetti sostanziali e non ha natura processuale, non potendo quindi che essere applicata ai giudizi successivi all'entrata in vigore della legge n. 130 – 16 settembre 2022 — si coglie la convinzione, o quanto meno il dubbio, che il comma 5-*bis* abbia innovato, e molto, ed è quindi doveroso applicare la disposizione solo nei giudizi nati quando l'amministrazione era consapevole dell'onere probatorio a proprio carico.

Il diverso approccio al tema dell'effettiva applicabilità della norma, anche se non sconfessa espressamente le precedenti decisioni, dovrebbe preludere ad un riesame della stessa portata della novella: se la si ritiene non applicabile ai giudizi in corso, coerentemente se ne dovrebbe affermare una portata, almeno in parte, innovativa. In futuro, inoltre, la Corte di cassazione dovrà

confrontarsi con sentenze di merito sempre più innovative e approfondite su questo tema.

Peraltro, è di estremo rilievo che la disciplina del comma 5-*bis* si ponga perfettamente in linea con la giurisprudenza europea sull'accertamento IVA (CGUE 11 1 24, C-537/22). La Corte di Lussemburgo è chiarissima nel porre a carico dell'amministrazione la responsabilità di provare le proprie pretese, conscia che non si può ritenere "lontana" dalla prova un'autorità fiscale che è dotata di poteri istruttori assai penetranti ed estesi. In materia di IVA, è veramente difficile negare o limitare l'efficacia innovativa dell'art. 7 comma 5-*bis*, per la semplice ragione che vi è piena consonanza tra la disposizione e la giurisprudenza della Corte UE deputata ad assicurare la piena applicazione delle direttive europee.

Riferimenti bibliografici.

E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, V ed., Torino 1969; M. ANESA - M. BUSICO - N.D. LATROFA, *La riforma del processo tributario*, Milano, 2025; CATALDI, *La norma generale sull'onere della prova. Riflessioni a prima lettura*, in E. Manzon - G. Melis (a cura di), *Il diritto tributario nella stagione delle riforme. Dalla legge 130/2022 alla legge 111/2023*, 2024, 71; G.M. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005; C. OLIVA, *L'onere della prova nel processo tributario*, II ed., 2012; C. GLENDI, *L'istruttoria nel nuovo processo tributario*, in *Dir. prat. trib.* 1996, I, 1117; ID., *L'istruttoria del processo tributario riformato. Una rivoluzione copernicana*, in *Quotidiano Ipsoa*, 24 settembre 2022; A. MARCHESELLI, *La prova nel nuovo processo tributario*, Milano, 2024; S. MULEO, *Riflessioni sull'onere della prova nel processo tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.* 2021, 603; ID., *Onere della prova, disponibilità e valutazione delle prove nel processo tributario rivisitato*, in A. Carinci - F. Pistolesi, (a cura di), *La riforma della giustizia e del processo tributario*, Milano, 2022; F. SAITTA, *La distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, tra principi e regole*, in questa Rivista, 2025; N. SARTORI, *I limiti probatori nel processo tributario*, Torino, 2023; F. TESAURO, *L'onere della prova nel processo tributario*, in *Riv. dir. fin.* 1986, I, 77; ID., *La prova nel processo tributario*, *ivi*, 2000, I, 73.

La presunzione di onestà del contribuente

di ALESSANDRO GIOVANNINI

SOMMARIO: 1. La riforma della legge n. 130 del 2022 sull'onere della prova, sulle prove e sul giudizio: "eppur si muove". — 2. L'onestà presunta del contribuente: un seme costituzionale portato allo scoperto. — 3. La presunzione d'onestà e l'architettura costituzionale del principio personalistico. — 4. La ripartizione dell'onere della prova. — 5. La fondatezza del credito "al di là di ogni ragionevole dubbio". — 6. La questione della presunzione semplice. — 7. La presunzione semplice nelle leggi sull'accertamento: un ritorno all'auspicato rigore del passato? — 8. La questione della presunzione "semplicissima". — 9. La coerenza della prova con il diritto sostanziale. — 10. Conclusione: l'impervio cammino della "giustizia nell'imposizione".

1. La riforma della legge n. 130 del 2022 sull'onere della prova, sulle prove e sul giudizio: "eppur si muove".

Per il comma 5-*bis* dell'art. 7 del d.lgs. n. 546 del 1992, introdotto dalla legge n. 130 del 2022, l'amministrazione «prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni» ⁽¹⁾.

Non è un bel diritto quello che si legge in questa disposizione: una mistura di parole prive di sorveglianza anche stilistica, un

⁽¹⁾ Per un primo commento all'intera legge n. 130, cfr. F. GALLO, *Prime osservazioni sul nuovo giudice speciale tributario*, in *Rass. trib.*, 2022, 783 ss.; G. MELIS, *La legge 130 del 2022: lineamenti generali*, in *Giustiziainsieme.it*, 19 dicembre 2022.

concentrato di concetti mal posti e forse mal conosciuti ⁽²⁾. Anche per questo è probabile che essa, contrariamente agli intendimenti, alimenterà ulteriore contenzioso perfino sul significato fatto palese dalle parole in essa stessa contenute.

Eppure qualcosa di importante riesce a dirlo ed anzi di molto importante, che va al di là della reazione di “forza” che con il profluvio di aggettivi e sostantivi il legislatore ha forse voluto manifestare nell’intento di riportare al rigore probatorio l’azione amministrativa.

Le cose principali che dice sono queste. La prima è una conferma della regola sulla ripartizione dell’onere della prova: i fatti costitutivi del diritto di credito impositivo devono essere provati dall’amministrazione ⁽³⁾.

L’altra attiene al grado di robustezza che l’apparato probatorio deve possedere affinché il giudice possa ritenere fondata la pretesa dell’amministrazione medesima.

Infine, la nuova norma introduce il divieto di utilizzare prove incoerenti con il diritto sostanziale, ovvero prove che fondano il credito su elementi da questo non qualificati come costitutivi della fattispecie impositiva o alla stregua di condizioni oggettive di imponibilità.

2. L’onestà presunta del contribuente: un seme costituzionale portato allo scoperto.

Ancor prima di queste pur fondamentali indicazioni, sulle quali tornerò a breve, la norma, se letta unitariamente, pare volerne dare una di portata generale. È possibile che in essa si annidi

⁽²⁾ È una critica diffusa, espressa ancor più severamente da C. GLENDI, *La nuovissima stagione della giustizia tributaria riformata*, in *Il quotidiano giuridico*, 22 settembre 2022, ed anche da S. MULEO, *Onere della prova, disponibilità e valutazione delle prove nel processo tributario rivisitato*, in Aa.Vv., *La riforma della giustizia e del processo tributario*, a cura di A. CARINCI - F. PISTOLESI, Milano, 2023, 83 ss.

⁽³⁾ Non affronto il tema del rimborso e dell’onere probatorio gravante sul contribuente. Seppure il comma 5-bis lo disciplini («Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso»), mi sembra che la norma in esso contenuta si limiti a confermare una regola assolutamente pacifica.

l'intento di piantare nel sistema un seme o forse è più corretto dire di portare allo scoperto, fra i semi dello stato costituzionale, quello sulla presunzione d'onestà del contribuente accertato.

Un seme, come cercherò di dimostrare in positivo, che io considero già presente in Costituzione ma che finora, per la sua immanenza, è rimasto sepolto. Il comma 5-*bis* contribuisce, forse, a dissotterrarlo.

Ponendosi attentamente all'ascolto della norma è possibile percepire in essa un'eco proveniente dalla tradizione garantista d'origine penale formatasi intorno alla presunzione di non colpevolezza dell'imputato ⁽⁴⁾. Il risuono è quello dell'art. 27, comma 2, della Costituzione, interpretato alla luce dell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6, comma 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che parlano di "innocenza" dell'imputato "fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata".

Non si tratta, dev'esser chiaro, di invocare in ambito fiscale l'applicazione delle previsioni penalistiche. Non solo sarebbe sbagliato, ma neppure è necessario, come verificheremo tra poco. Quella eco garantista, tuttavia, è ugualmente fondamentale perché può farsi viatico per verificare se l'ipotizzata presunzione di onestà possa trarre anch'essa forza dalla trama costituzionale. Solo così, infatti, potrebbe essere elevata a principio e qualificata alla stregua di "parametro su cui modellare le regole probatorie e di giudizio", proprio com'è pacificamente qualificata, per una delle sue funzioni, la norma dell'art. 27 Cost. ⁽⁵⁾.

Epperò, se il terreno non è quello penalistico, in quale altro la nostra presunzione potrebbe affondare la sua radice? È mia convinzione che esso coincida con il principio personalistico, principio che informa tutta la Carta e "sovrasta assiologicamente tutti

(4) Cfr. G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, passim, ma specie 69 ss.

(5) Per tutti, M. D'AMICO, *Sub art. 27 Cost.*, in *Comm. Cost.*, vol. I, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, Torino, 2006, 570.

gli altri” ⁽⁶⁾.

Per dirsi costituzionalmente conforme, infatti, l'accertamento deve rispettare non solo il corredo delle garanzie “esterne” di natura sostanziale riconducibili agli artt. 53, 3, 41 e 42, e il corredo di quelle “interne” di natura procedimentale, ascrivibili all'art. 97, agli artt. 24 e 111 e alle norme sovranazionali sul giusto procedimento, ma anche ed anzitutto i diritti della persona, non in quanto o soltanto contribuente, ma in quanto persona, appunto, che si trova esposta agli effetti dell'esercizio del potere degli organi statali.

Qui sta il cuore del discorso: è nella sfera delle garanzie della persona umana che entra in gioco, primeggiando, la presunzione di onestà. Il principio di personalità, inserito in questo contesto, diviene allora il punto di saldatura fra presunzione di non colpevolezza e presunzione di onestà poiché fonte, anche per quest'ultima, delle garanzie del soggetto sottoposto al potere esecutivo d'accertamento e al potere coercitivo ⁽⁷⁾.

3. La presunzione d'onestà e l'architrase costituzionale del principio personalistico.

Per non esporre il discorso alla critica dell'incompletezza, mi soffermo ulteriormente sulla relazione fra stato costituzionale, principio personalistico e presunzione di onestà. In questa relazione, infatti, sta il bandolo della matassa per giungere a qualificare la presunzione stessa alla stregua di principio, seppure immanente, di fonte costituzionale.

Non si scopre una nuova America affermando che è la persona il centro dell'ordine assiologico disegnato dalla Costituzione.

⁽⁶⁾ Cfr. J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto, Disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 341 ss., 358.

⁽⁷⁾ Seppure, ça va sans dire, per fatti e in ambiti diversi. Per evitare equivoci preciso che, sebbene in passato vi siano stati tentativi di accostare alcuni profili delle leggi d'imposta alle norme di matrice penalistica — si pensi alle questioni sull'interpretazione e al divieto di analogia — tassazione e pena sono fenomeni radicalmente diversi e nessuna assimilazione è concepibile per le radici costituzionali che li diversificano. L'ambito, invece, dove un qualche risuono può echeggiare è quello delle garanzie della persona rispetto al potere degli organi dello stato, come dirò meglio nel prossimo paragrafo.

Non è la legge ad assegnarle il palco d'onore, piuttosto è la legge a derivare e dipendere dalle libertà e dai diritti di quella ⁽⁸⁾. Questo discorso si può ripetere, nella sostanza, anche per i poteri dello stato e in particolare per quelli da ultimo richiamati, ossia esecutivo d'accertamento e coercitivo.

Il principio personalistico, nella sua essenza più profonda, ha questo contenuto. Ed è per questo, come ho ricordato, che possiede un'eccedenza assiologia su tutti gli altri ⁽⁹⁾.

A scomparire dal tavolo d'analisi, intendiamoci, non è il potere e non è neppure la legge, ma per un verso è la loro supremazia sulla persona e sui suoi diritti e, per un altro, sono la “volontà generale”, la “ragion fiscale”, l’“interesse fiscale” e tutte le ulteriori escrescenze del potere stesso. Escrescenze e supremazia collocate, in ragione della storia, sui gradini superiori di un'illusoria scala alla cui base stavano — e forse tuttora si prova ingannevolmente a collocare — gli scalpici dei consociati con i loro diritti. In forza del principio personalistico tutto questo non ha più spazio: la scala si è capovolta e i diritti della persona, ora, ne costituiscono l'apice ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura E. VITALE, Roma-Bari, 2001, 90, per il quale i diritti costituzionali, ad iniziare da quelli fondamentali, “rappresentano non già un'autolimitazione sempre revocabile del potere sovrano, ma al contrario un sistema di limiti e di vincoli ad esso sopra ordinato; non dunque «diritti dello Stato» o «per lo Stato» o «nell'interesse dello Stato» [...] ma diritti verso e se necessario contro lo Stato, ossia contro i poteri pubblici sia pure democratici o di maggioranza”. Per N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), ora in N. MATTEUCCI e N. BOBBIO, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, con introduzione di T. Greco, Trento, 2021, 145 ss., nello stato legislativo era dalla legge ordinaria e dal potere dello stato-persona o stato-ordinamento che nascevano libertà e diritti. Come “illusione concettuale” — ha scritto Matteucci — questa ricostruzione era funzionale alle esigenze di quel tipo di stato, al quale faceva da pendant il positivismo formalista, ma ormai essa ha smarrito qualsiasi validità ricostruttiva alla luce del ribaltamento compiuto dalla Carta del 1948.

⁽⁹⁾ Anche A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi*, 17, 2013, arriva a conclusione simile. Così, nella sostanza, anche E. ROSSI, *Principi fondamentali, sub art. 2 Cost.*, in *Commentario Cost.*, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, I, Torino, 2006, 42 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., 149 e 150; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 12 ss. Sullo stato costituzionale come evento dalle potenzialità rivoluzionarie anche dal punto di vista del rapporto fra persona e

I poteri dello stato, compreso quelli esecutivo d'accertamento e coercitivo, non sono scomparsi, ma traggono legittimazione soltanto dal loro essere portatori di forze orientate a dare sbocco alla dimensione politica dei diritti appartenenti *ab origine* ai loro titolari ⁽¹¹⁾.

In questo consiste lo stato costituzionale e la “sovranità della Costituzione”: essere al tempo stesso tavole assiologiche, deontologiche e normative al cui interno il potere si pone al servizio dei diritti e, direttamente o per il tramite di questi, al servizio della persona ⁽¹²⁾.

Certo, sarebbe eccessivo predicare l'integrale “sostituzione del *fondamento di valore* al *fondamento di autorità*” ⁽¹³⁾ che sorregge e sostanzia il potere nella sua concezione tradizionale. Una sostituzione di tal fatta sarebbe eccessiva giacché pure nelle costituzioni moderne residuano spazi autoritativi di singoli apparati dello stato per l'esercizio di specifiche funzioni, specie quando legate ai doveri di osservanza della Costituzione e delle leggi (art. 54, primo comma, Cost.) ⁽¹⁴⁾. Ma, anche in questi casi, nello stato costituzio-

poteri degli organi dello stato, fra i tanti, cfr. N. BOBBIO, *Mutamento politico e rivoluzione*, a cura di L. CARAGLIOTTO - L. MERLO PICH - E. BELLANDO, con prefazione di M. Bovero, Roma, 2021, 463 ss., 468; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, già cit., 138; E. CHELI, *I fondamenti dello “Stato costituzionale”*, in *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, a cura di L. LANFRANCHI, I, Roma, 2006, 41 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, 2021, 7 ss.

⁽¹¹⁾ Per un'analisi cristallina, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, *passim*, ma già 4 ss.

⁽¹²⁾ J. Habermas, *Fatti e norme*, trad. it. di L. Ceppa, Roma-Bari, 2013, 200 ss.; A. BALDASSARRE, *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, Modena, 2020, 34 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2017, 133 ss.

⁽¹³⁾ Lo spiega ampiamente V. OMAGGIO, *Saggi sullo Stato costituzionale*, Torino, 2022, 134 (nel testo, enfasi di chi scrive).

⁽¹⁴⁾ In altra occasione mi sono occupato di questi temi (se si vuole, A. GIOVANNINI, *Territorio invisibile e capacità contributiva nella digital economy*, in *Riv. dir. trib.*, 2022, I, 497 ss., specie 511 ss.). In quella circostanza ho precisato — e qui lo ribadisco — che la sovranità applicata ai tributi non è “altra” dalla sovranità che convenzionalmente si definisce generale. Anche se guardata dall'angolo prospettico dei tributi, la sovranità si articola sempre nell'esercizio di un triplice ordine di poteri: quello ordinamentale, funzionale alla normazione generale ed astratta, quello di governo e quello coercitivo. Il potere impositivo, perciò, è solo un elemento della sovranità, che deve essere esercitato nel rispetto e all'esclusivo fine di attuare l'ethos dei principi costituzionali. Cfr. G.A.

nale, a differenza che nello stato legislativo, ai diritti fondamentali si contrappone non il potere che li domina, ma il potere che li rispetta e in questo modo li serve, ossia il potere volto unicamente all'esercizio della funzione per la quale è composto ⁽¹⁵⁾.

In questa chiave, dunque, l'accertamento fiscale qualificato come funzione non può che trovare la sua piattaforma relazionale, comprensiva dei suoi limiti, nel principio personalistico. E il corrispondente potere vi entra non più con i fregi della supremazia, ma "nudo" giacché strumentale, puramente e semplicemente, all'esercizio della funzione.

La presunzione di onestà intesa alla stregua di diritto della persona discende da questa trama. Il comma 5-*bis* dell'art 7 aiuta la percezione di un simile diritto, ma non lo crea. E non solo perché la nuova norma è legge ordinaria e dunque dalla struttura "fragile", vorrei dire inadatta a sorreggere un così importante cardine, ma perché la Costituzione già lo esprime.

4. La ripartizione dell'onere della prova.

Le osservazioni finora svolte, pur scheletriche e come tali senz'altro incomplete, facilitano l'analisi delle tre indicazioni illustrate all'inizio provenienti dal comma 5-*bis*.

La prima attiene alla ripartizione dell'onere della prova: l'amministrazione è onerata di provare le violazioni contestate, ossia, più esattamente, i fatti sui quali pretende di radicare il credito o il maggior credito accertato ⁽¹⁶⁾.

MICHEL, *Profili critici in tema di potestà d'imposizione* (1964), ora in *Opere minori di diritto tributario*, II, Milano, 1982, 30 ss.; E. DE MITA, *La legalità tributaria*, Milano, 1993, 5 ss.; G. MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria. Profili storici e giuridici*, Torino, 1995, 10 ss.; F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, Bologna, 2011, 79 ss.; A. FEDELE, *Diritto tributario (principi)*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 447 ss., specie 453, 467 e 468; G. FALSITTA, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, 8 ss., 81 ss.; L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 21 ss., 123 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., 149 e 150; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 12 ss.

⁽¹⁶⁾ Come ho già precisato nella nota 3, non affronto il tema del rimborso e dell'onere probatorio gravante sul contribuente poiché la regola che pure il comma 5-*bis* stabi-

La regola è pacifica da molto tempo, sostenuta dai fautori vuoi della teoria costitutiva dell'obbligazione d'imposta, vuoi della teoria dichiarativa ⁽¹⁷⁾. Il comma 5-*bis* si limita a confermarla ⁽¹⁸⁾.

La regola di ripartizione, per come appena tratteggiata, riprende nella sostanza quella stabilita dall'art. 2697 cod. civ., per il quale chi vanta un diritto deve provare i fatti che lo costituiscono, mentre chi eccepisce la loro inefficacia, oppure che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

Di qui un dubbio, che introduco con questa domanda: la regola della "vicinanza" alla prova, quando determina l'addossamento del relativo onere sul contribuente ⁽¹⁹⁾, deve essere d'ora in poi

lisce («Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso») è meramente ripetitiva di un'impostazione assolutamente pacifica.

⁽¹⁷⁾ Per chi aderisce alla teoria costitutiva dell'obbligazione d'imposta la ripartizione dell'onere non si salda alla norma codicistica, ma discende dal principio di pre-costituzione della prova: "a nessun atto la pubblica amministrazione può (possa) accingersi senza aver procurato a se stessa la prova dei fatti che determinano la sua potestà di dar vita a quell'atto". Così E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962, 377-378). Sviluppa la teoria del Maestro, F. TESAURO, *L'onere della prova nel processo tributario* (1986), ora in *Scritti scelti*, II, a cura di F. FICHERA - M. C. FREGNI - N. SARTORI, 2022, 268 ss., e la riprende più recentemente N. Sartori, *I limiti probatori nel processo tributario*, Torino, 2023, 79-80. Danno dimostrazione della linearità e semplicità ricostruttiva dell'impostazione dichiarativa, alla quale aderisco, che riferisce la ripartizione direttamente all'art. 2697 c.c., fra gli altri, P. RUSSO, *Il nuovo processo tributario*, Milano, 1974, e ID., *Manuale di diritto tributario. Il processo tributario*, Milano, 2013, 195 ss.; F. BATISTONI FERRARA, *Appunti sul processo tributario*, Padova 1995, 67 ss. La questione, va detto, ha ormai perduto rilievo fors'anche teorico giacché la Corte costituzionale, oltre alla Cassazione, ha affermato espressamente l'applicazione dell'art. 2697, cod. civ., al processo tributario. Si veda Corte Cost., n. 109 del 2007.

⁽¹⁸⁾ È senz'altro condivisibile la ricostruzione di P. RUSSO, *Problemi in tema di prova nel processo tributario dopo la riforma della giustizia tributaria*, in *Riv. dir. trib. online*, 7 dicembre 2022. In termini opposti, ma con argomentazioni che a me sembrano non convincenti, C. GLENDI, *L'istruttoria del processo tributario riformato. Una rivoluzione copernicana!*, in *Quotidiano IPSOA*, editoriale 24 settembre 2022.

⁽¹⁹⁾ La Cassazione ha fatto applicazione della "vicinanza", fra l'altro, in materia di *transfer pricing*, così addossando al contribuente l'onere di provare la normalità o la correttezza dei prezzi praticati. Fra le molte, Cass. n. 13571/2021, n. 17512/2019. Molto criticamente, in termini condivisibili per quanto riguarda l'approdo giurisprudenziale, cfr. G. VANZ, *Criticità nell'applicazione delle regole giurisprudenziali della "vicinanza della prova"*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, I, 2584 ss. La Cassazione ha fatto inoltre uso della regola anche in materia di inerenza dei costi, qualificandoli come "fatti impeditivi" del diritto

espunta dalla ripartizione soggettiva dell'onere stesso ⁽²⁰⁾?

Non sarebbe corretto, io credo, rispondere affermativamente. La nuova disposizione reagisce sulla regola della “vicinanza” bensì limitandone l'ampia — e spesso improvvida — applicazione compiuta dalla giurisprudenza più recente ⁽²¹⁾, ma non ne legittima l'espunzione. Conformemente alla sua *ratio*, ossia quella di salvaguardare il diritto sostanziale della parte processuale che non è oggettivamente in grado di raggiungere la pienezza dimostrativa dei fatti, potrà continuare ad essere utilizzata. Ma potrà nei limiti in cui le fonti di prova non siano producibili perché non apprendibili dalla stessa amministrazione nella fase dell'istruttoria primaria ⁽²²⁾.

È la non apprendibilità della prova intesa come fonte a dover essere dimostrata in giudizio perché in questo modo il fatto sul quale l'attore sostanziale pretende di radicare il diritto entra nel processo pur sempre in maniera “puntuale e circostanziata”, come richiede, proprio, il comma 5-*bis* ⁽²³⁾, e vi entra anche rispettando in qualche modo le regole soggettive di ripartizione dello stesso onere probatorio.

di credito dell'amministrazione e addossando così al contribuente la prova della loro inerenza all'attività. L'interpretazione giurisprudenziale è assai discutibile, non foss'altro perché tratta l'inerenza come fosse un fatto, quando invece è regola d'interpretazione. Si veda, per la tesi qui criticata, Cass. n. 11942/2016, n. 12127/2022, 33568/2022.

⁽²⁰⁾ Su questo tema cfr. puntualmente S. MULEO, *Riflessioni sull'onere della prova nel processo tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2021, 603 ss.

⁽²¹⁾ Condivisibile la critica di S. MULEO, *Onere della prova, disponibilità e valutazione delle prove*, già cit.

⁽²²⁾ È senz'altro condivisibile la tesi di Tesauro che riporta l'onere della prova, almeno in prima battuta, al procedimento amministrativo e dunque alla fase sostanziale di ricerca della capacità contributiva. La distribuzione dell'onere, afferma l'autore, “dipende dal diritto sostanziale”. Cfr. F. TESAURO, *Prova (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 884 ss., 886 e 893.

⁽²³⁾ Questo requisito della prova sarà esaminato nel prossimo paragrafo.

5. La fondatezza del credito “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

L'altra indicazione del comma 5-*bis* si riferisce al livello minimo di robustezza che la prova deve raggiungere per essere considerata decisiva — vien da dire, se non si cadesse in un gioco di parole, per essere considerata “probante” — e quindi idonea a consentire al giudice di adottare una sentenza d'accertamento sulla fondatezza del diritto di credito ⁽²⁴⁾. Questo, infatti, deve essere accertato e dichiarato come esistente se le prove su cui lo stesso si radica sono in grado di dimostrarne la fondatezza in modo “circostanziato e puntuale”.

Queste parole, se non si vogliono considerare come scritte sull'acqua o ridurle ad un'esangue esercizio di retorica legislativa, possono assumere un solo significato: quello di legittimare sentenze d'accertamento positive quando il corredo degli elementi di prova consente al giudice di formarsi il convincimento della fondatezza del credito “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Sicché il giudice dovrà dichiararne l'infondatezza quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova che il fatto costitutivo sussiste.

Non si tratta qui di riprendere l'art. 533, comma 1, e l'art. 530, comma 2, c.p.p., per calarli di peso nel processo tributario, se non

⁽²⁴⁾ Non mi sfugge che la disposizione parla di “annullamento” dell'atto impugnato se manca la prova o questa difetta nella sua compiutezza. Si deve però dire che l'espressione è scarsamente significativa dal punto di vista ricostruttivo generale, sia perché, com'è noto, le teorie scientifiche hanno basamenti diversi da quelli nominalistici; sia perché la stessa mal si lega con il sostantivo “fondatezza” di cui parla la stessa disposizione nello stesso alinea, requisito che all'evidenza si può riferire anche al diritto di credito; sia perché l'annullamento non si concilia con la locuzione “pretesa tributaria” utilizzata nel comma 4 dello stesso art. 7, anch'esso riformato della legge n. 130 del 2022. È quanto basta, io credo, per dimostrare l'approssimazione concettuale con la quale la riforma è stata scritta e dunque per non assegnare alle singole espressioni un'importanza eccessiva e decisiva, specialmente se tramite di esse si pretende o si pretendesse di consacrare una teoria piuttosto che un'altra sulla natura dell'obbligazione d'imposta e del processo tributario. Mi sembra, insomma e in altre parole, di poter sostenere che, per chi come me ha da sempre sposato l'impostazione dichiarativista, la ricostruzione del processo come di impugnazione-merito — per usare un'espressione celeberrima ampiamente sviluppata da Pasquale Russo e ripresa dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria — mantenga inalterata la sua validità.

per mutuarne l'espressione del "ragionevole dubbio" per la sua efficacia evocativa. E non si tratta neppure di ridurre o mettere in discussione il principio del libero convincimento del giudice ⁽²⁵⁾. Si tratta, invece, di valorizzare adeguatamente il significato delle espressioni accolte nella nuova disposizione in coerenza con l'intero ordito nel quale è calata.

Ed è per questo che a me sembra ragionevole sostenere che la prova del fatto posto a fondamento del diritto si può considerare decisiva solo se supera una soglia molto alta di attendibilità ricostruttiva, che non deve lasciare margini apprezzabili di dubbio: la prova deve essere "circostanziata" e quindi riferibile, soggettivamente, al contribuente accertato e, oggettivamente, corredata di tutti i particolari necessari per determinare la fattispecie alla quale la stessa prova si riferisce. E deve essere "puntuale", ossia esatta, precisa, univoca, in modo da fugare ogni significativa incertezza sull'esistenza del fatto.

6. La questione della presunzione semplice.

Che dire, allora, della presunzione semplice? La nuova norma quali conseguenze produce su questa prova ⁽²⁶⁾?

Per andare dritti al nocciolo delle questioni, credo che la dimostrazione "circostanziata e puntuale" esiga che il fatto ignorato sia ricostruito alla stregua di conseguenza univoca del fatto noto; che il fatto noto sia certo, reale, specifico, determinato oggettivamente e soggettivamente, e adeguato a sorreggere l'inferenza; che gli elementi indiziari non si contraddicano o si elidano vicendevolmente, dovendo tutti concorrere a favore di una sola ricostruzione possibile; che la presunzione di "secondo grado", ove

⁽²⁵⁾ Il principio del libero convincimento, tuttavia, "non può favorire una sorta di anarchia delle operazioni del giudice e, negli ordinamenti moderni, che hanno acquisito consapevolezza delle necessità che il sistema probatorio sia fondato su basi razionali, non può servire da cortina per mascherare operazioni autoritarie". Così G. VERDE, *Prova*, cit., 591.

⁽²⁶⁾ Per come disciplinata dagli artt. 2727 e 2729 c.c., e dall'art. 39, comma 1, lettera d), d.P.R. n. 600 del 1973, e dall'art. 54, comma 2, d.P.R. n. 633 del 1972.

utilizzata, muova da un fatto noto connotato da certezza, ovvero da univocità del nesso causale tra i fatti noto e ignoto costitutivi dell'inferenza di "primo grado".

Non è in dubbio che la presunzione semplice possa continuare a fondare la verità giuridica del processo anche alla luce della nuova disciplina, ma affinché ciò accada è necessario che possieda in sé il tratto della più alta approssimazione possibile del fatto ricostruito alla storicità degli accadimenti. Una così elevata approssimazione o un così elevato avvicinamento del fatto ignorato alla realtà si ha solo se tra questo e il fatto noto corre una relazione di necessità. E ciò non si potrebbe predicare se s'intendesse continuare a digradare il livello di verosimiglianza dell'ignoto alla molteplicità dei probabili o addirittura dei possibili (27).

La verosimiglianza massima del ricostruito alla realtà storica dell'accaduto, come scriveva Virgilio Andrioli oltre cinquant'anni fa (28), è così tendenzialmente assicurata per volere della legge. S'impone perciò che il corredo probatorio indicato nell'avviso d'accertamento e comunque portato in giudizio dalla parte pubblica (29), non lasci margini significativi di dubbio, che non siano

(27) L'approccio teorico che probabilmente si coglie in questa esposizione si rifà, da un lato, agli insegnamenti chiovendiani sulla tutela dei beni della vita dei consociati come scopo principale della giustizia; per un altro al costituzionalismo principialista, così da superare la rigidità avaloriale del positivismo formalistico, da quello di Karl von Gerber fino a quello di Hans Kelsen; per un altro verso ancora alle teorie realistiche del diritto d'origine nord-europee e nord-americane. In questa sede mi limito soltanto, per chi vuole, a rinviare a A. GIOVANNINI, *Sull'azione processuale e sulla tutela dei beni della vita*, ora in *Per principi*, Torino, 2022, 127 ss.; Id., *Sul diritto, sul metodo e sui principi*, ivi, 3 ss.; Id., *Note controvento su interesse fiscale e "giustizia" nell'imposizione come diritto fondamentale*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, I.

(28) V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 767 ss.

(29) L'indicazione degli elementi di prova nell'avviso di accertamento è prescritto dall'art. 56, secondo comma, del d.P.R. n. 633 del 1972 e, per l'atto di contestazione della violazione, dall'art. 16, secondo comma, del d.lgs n. 472 del 1997, non anche dall'art. 42 del d.P.R. n. 600 del 1973. L'indicazione, tuttavia, in un'interpretazione costituzionalmente orientata e per coerenza sistematica, si deve ritenere obbligatoria anche per le imposte sui redditi non solo perché fra questi tributi corre quasi sempre identità di rettifica e unicità del provvedimento d'accertamento, ma anche perché quella indicazione è essenziale per l'esercizio del diritto alla difesa nella sua pienezza ed effettività, ed anche per

quelli “naturali” di tutte le prove indirette ad apprezzamento critico.

Ragionando in questo modo, l'interpretazione della nuova normazione si avvicina a quella corrente dell'art. 192, secondo comma, del codice di procedura penale dedicato alle presunzioni. In entrambe, infatti, l'accento cade sulla necessità che gli elementi indiziari determinino nel giudice “una elevata intensità persuasiva di ogni singolo strumento gnoseologico indiziario” ⁽³⁰⁾. Ancora una volta, tuttavia, non si tratta di trasportare armi e bagagli il fenomeno tributario sotto la bandiera processuale penale. Non è questo lo scopo della mia proposta interpretativa. L'intendimento, piuttosto, è quello di mettere in risalto lo spirito fortemente garantista che la riforma ha voluto iniettare con determinazione nelle vene delle istruttorie probatorie e delle decisioni giudiziali.

7. La presunzione semplice nelle leggi sull'accertamento: un ritorno all'auspicato rigore del passato?

È mia convinzione che nella nostra materia a questo risultato si dovesse giungere anche senza attendere la recente normazione sol che fosse stata adottata un'interpretazione rigorosa della disciplina dell'accertamento analitico-presuntivo per come dettata dalle leggi sull'accertamento delle imposte sui redditi e dell'imposta sul valore aggiunto.

In altra occasione ⁽³¹⁾ avevo cercato di dimostrare come il

consentire al contribuente di controllare fin dalla fase preprocessuale l'uso non arbitrario del potere d'accertamento. Il che non significa che l'amministrazione non possa integrare in corso di causa il ventaglio delle prove, purché, ovviamente, entro i fatti già indicati nell'avviso di accertamento e al ricorrente-contribuente sia riconosciuto un termine di replica, peraltro previsto espressamente dall'art. 24, secondo comma, del d.lgs. n. 546 del 1992. Cfr. F. BATISTONI FERRARA, *La prova nel processo tributario: riflessioni alla luce delle più recenti manifestazioni giurisprudenziali*, in *Giur. trib.*, 2007, 745 ss.

⁽³⁰⁾ Così G. UBERTIS, *Prova penale (teoria della)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006, 4719 ss., 4726. Più ampiamente M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, *passim*, ma specie 255 ss., nonché F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, fin da 7 ss.

⁽³¹⁾ Sia consentito rinviare ad A. GIOVANNINI, *Ipotesi normative di reddito e accertamento nel sistema d'impresa*, Milano, 1992, *passim*, e più recentemente Id., *L'onore della*

fatto noto non potesse consistere in mere asserzioni, in parametri quantitativi riferibili ad una generalità di soggetti e dunque privi di riscontri soggettivi, in congetture sguarnite di fattualità o basate su osservazioni non riscontrabili oggettivamente, in sospetti o mere probabilità di esistenza del fatto stesso. E men che meno il fatto noto poteva essere rivestito con gli abiti della certezza per rispondere a spinte moraleggianti o per dare corpo al supposto ma inesistente “interesse fiscale” ⁽³²⁾. Discorso simile, poi, si sarebbe dovuto fare per l’esito dell’inferenza ⁽³³⁾. La ricostruzione del fatto ignoto doveva mostrarsi come la necessaria conseguenza del fatto noto, sicché a petto di un ventaglio di ricostruzioni tutte probabili e tutte legittimate dal medesimo fatto iniziale, quello finale si doveva considerare sguarnito di prova ⁽³⁴⁾.

Amministrazione e giurisprudenza, sostenuti da una parte della dottrina ⁽³⁵⁾, hanno invece preferito adottare interpretazio-

prova nell'accertamento analitico-presuntivo, in *Trattato sull'onore della prova*, diretto da L. Tosi, Milano, 2023.

⁽³²⁾ Lo sostiene P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002. Diversamente, in termini netti, mi sono espresso in *Note controvento su interesse fiscale e “giustizia nell'imposizione” come diritto fondamentale*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, I,

⁽³³⁾ G.A. MICHELI, *Le presunzioni e la frode alla legge nel diritto tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1976, I, 396 ss.; F. MOSCHETTI, *Avviso d'accertamento tributario e garanzie del cittadino*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, I, 1930 ss.

⁽³⁴⁾ E ciò come conseguenza della distinzione fra gradazione probabilistica della prova indiretta e pluralità dei risultati inferenziali. Nella prova indiretta, come fonte e quale che essa sia, la gradazione probabilistica è sua caratteristica naturale. Ciò nondimeno, questa caratteristica non impedisce di qualificare il fatto ricostruito come processualmente certo. La pluralità dei risultati dedotti in via presuntiva e quindi non sorretti da un nesso necessario tra fatto noto e quello ignoto, invece, incidono sull’attendibilità della fonte ed è per questo che non possono essere qualificati come dimostrativi del fatto ignorato, che infatti lasciano nell’incertezza della pluralità degli esiti. Questo accennato, ne sono consapevole, è uno degli aspetti fra i più controversi del dibattito sulle presunzioni, ma ho sempre ritenuto che l’impostazione sommariamente richiamata sia quella da preferire per evitare continue e perniciose slabbrature del sistema probatorio e dei principi costituzionali. Esattamente quello che è accaduto negli ultimi lustri.

⁽³⁵⁾ Per quella tributaria, *ex pluris*, G. GENTILI, *Le presunzioni nel diritto tributario*, Padova, 1984, 158 ss.; F. TESAURO, *Le presunzioni nel processo tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1986, I, 188 ss.; R. LUPI, *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, Milano, 1988, 210 ss.; M. TRIMELONI, *Le presunzioni tributarie*, in *Trattato dir. trib.*, diretto da A. Amatucci, II, Padova, 1994, 81 ss.; A. MARCHESELLI, *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008; G.M. CIPOLLA, *La prova*

ni lasche a scapito della giustizia del processo e delle giustezza della decisione, ma anche a scapito della certezza del diritto e dei rapporti giuridici.

Ricorrendo ad una concezione gradualistica delle risultanze probatorie, dove si passa, senza soluzione di continuità, da ricostruzioni del tutto rigorose a ricostruzioni poco attendibili, solo probabili o perfino solo possibili, si è finito per cacciare il discorso sulle prove indirette in un *cul-de-sac* contrassegnato dalla sfuggevolezza, dall'impalpabilità del risultato inferenziale, come l'ha definito Cesare Glendi ⁽³⁶⁾, incontrollabile dall'esterno con parametri oggettivi. Si è creato, per dirla in maniera molto semplice, una Babele delle lingue, contraddicendo così le connotazioni pubblicistiche di tutti i processi degli stati costituzionali.

Di qui, come già sottolineato, la reazione "muscolare" del Parlamento, che si è tradotta, proprio, nell'inserimento del comma 5-*bis* nell'art. 7 della nostra legge processuale.

8. La questione della presunzione "semplicissima".

La presunzione "semplicissima", è perfino banale ricordarlo, è una fonte dimostrativa anomala, che si caratterizza per essere priva dei requisiti di gravità, precisione e concordanza ⁽³⁷⁾. È una semi-prova, piuttosto che una prova piena, come invece è la presunzione semplice.

In prima battuta la sua compatibilità con il comma 5-*bis* appare dubbia ed ancor di più lo sembra se la si pone in relazione con la presunzione di onestà della persona accertata per come qui ipotizzata. Ragionando concretamente, tuttavia, non sembra im-

tra procedimento e processo tributario, Padova, 2005, 445 ss. Per la letteratura processuale civile, cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da U. Rescigno, XXXI, rist., Torino, 1999, 322 ss.; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 192 ss., 233 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. C. GLENDI, *Il giudice tributario e la prova per presunzioni*, in *Le presunzioni in materia tributaria*, a cura di A.E. GRANELLI, Rimini, 1987, 157.

⁽³⁷⁾ È disciplinata dall'art. 39, secondo comma, d.P.R. n. 600 del 1973 e dall'art. 54, terzo comma, d.P.R. n. 633 del 1972. Cfr. ampiamente F. TESAURO, *Le presunzioni nel processo tributario*, loc. cit.

maginabile un abbandono o una declaratoria di illegittimità della sua disciplina, tanto è diffuso l'uso che ne è fatto dall'amministrazione e tanto è importante il vantaggio istruttorio che alla fine la macchina statale ne ritrae.

La strada è così quella di verificare la possibilità di contemporare le diverse pulsioni del sistema e per questa via provare ad adottare un'interpretazione costituzionalmente conforme. Un tentativo in questa direzione può essere quello di recuperare, da un lato, la *ratio* originaria di questa forma di presunzione e, da un altro, la struttura del sistema normativo nella quale essa si cala ⁽³⁸⁾.

Per fare questo è necessario innanzitutto tornare a distinguere la prova in senso proprio dei fatti rappresentanti il presupposto dell'accertamento dalla (semi) prova del *quantum* dell'imponibile rettificato o accertato. La presunzione "semplicissima", per come disciplinata dalle disposizioni sull'accertamento e dando a queste un'interpretazione corrispondente alla loro *ratio* storica, può intervenire soltanto come ausilio nel procedimento di quantificazione dell'imponibile.

In secondo luogo occorre tornare a considerare la presunzione "semplicissima" come fonte indiziaria d'eccezione o straordinaria, traente giustificazione dalla speciale gravità delle violazioni riscontrate nella fase istruttoria. Il sistema, infatti, tollera sì che a petto di violazioni particolarmente gravi la quantificazione del maggiore imponibile si fondi su semi-prove, ma lo consente perché la gravità delle stesse è in sé indice dell'alta probabilità di evasione e perché non è dato conoscere strumenti storicamente più accreditati per risalirne all'entità. Fra rinunciare ad una sua quantificazione con le ordinarie fonti di prova e quantificarla con fonti dalla forza dimostrativa assai labile, il sistema ha preferito non abdicare alla ricostruzione, seppure a scapito del grado di attendibilità del risultato. E ha preferito, sempre in ragione di quella gravità, rimettere la verifica della congruità del risultato

⁽³⁸⁾ Sia consentito rinviare, anche per riferimenti bibliografici, al mio *Ipotesi normative di reddito e accertamento*, cit., 93 ss.

medesimo al vaglio, semplicemente, della ragionevolezza e non arbitrarietà.

La compatibilità della disciplina sulle presunzioni “semplicissime” con il comma 5-*bis* passa, allora, da una doppia condizione: dalla dimostrazione, puntuale e circostanziata, mediante prove “piene”, della violazione che legittima l’accertamento induttivo; dall’uso rigoroso delle stesse presunzioni “semplicissime”, preordinato soltanto alla quantificazione, ragionevole e non arbitraria, dell’imponibile accertato o del maggiore imponibile rettificato.

9. La coerenza della prova con il diritto sostanziale.

Rimane da indagare il requisito della “coerenza” della prova, qui da intendere come risultato del procedimento probatorio, con la “normativa tributaria sostanziale. È un requisito esterno alla prova ma che su questa reagisce rendendola inutilizzabile.

Sfrondando il ragionamento, ciò significa che il giudice — e prima l’amministrazione — non può radicare la decisione su prove che finiscono per modificare oppure ampliare gli elementi costitutivi della fattispecie impositiva o le condizioni di imponibilità per come diversamente determinate dal diritto positivo sostanziale.

Se il risultato al quale l’amministrazione perviene con l’uso, ad esempio, della presunzione semplice non si conforma ed anzi contrasta con le disposizioni del testo unico delle imposte sui redditi relative ai ricavi (art. 85) o alla percezione dei compensi (art. 54) e forse anche a quelle sulla percezione degli utili nelle società a ristretta base sociale (art. 45), la presunzione non può legittimare la pretesa creditoria. E non la può legittimare non già perché viziata in sé, ovvero costruita malamente nell’individuazione del fatto noto, nell’uso del ragionamento deduttivo o nell’esito ricostruttivo di quello ignoto, ma perché contrastante con il diritto sostanziale, modificabile o integrabile solo dal legislatore.

In altri termini, fintanto che questi non interviene, magari introducendo specifiche presunzioni legali, la pretesa creditoria non

si può fondare su una prova preordinata, negli effetti concreti, ad allargare o modificare gli elementi costitutivi della fattispecie impositiva o le condizioni oggettive di imponibilità ⁽³⁹⁾.

10. Conclusione: l'impervio cammino della "giustizia sostanziale nell'imposizione".

Riprendo, per concludere, una riflessione contenuta in un recente libro di Raffaello Lupi ⁽⁴⁰⁾. L'autore mette acutamente in risalto il disagio del giudice, specie quello chiamato a trattare questioni amministrative, quando deve esaminare e comprendere le dinamiche dell'attività istruttoria che precede il suo intervento. E parallelamente mette in evidenza le difficoltà d'orientamento ed anche di ponderazione che inevitabilmente, al di là del formalismo leguleio, l'amministrazione si trova a dover compiere, specialmente in un sistema di "fiscalità di massa".

Non v'è dubbio che le cose stiano in questo modo. Non v'è nemmeno dubbio, però, che anche per questi motivi il sistema di somministrazione della giustizia abbia talvolta perso di vista l'essenzialità del suo ruolo, ossia quello di garantire protezione ai beni della vita, privati o pubblici che siano, nel rigore della dialettica probatoria delle parti.

La riforma tenta di limitare i margini, per così dire, dinamici degli attori di questo complesso procedimento. E però lo fa non tanto per riaffermare una primazia del legislatore sugli altri poteri, compreso quello giudiziario, o per impedire la libera formazione del convincimento, ma per riportare al centro del palcoscenico i diritti della persona accertata. Un tentativo, insomma, per dare gambe ad un principio basilare dello stato costituzionale: la giu-

⁽³⁹⁾ Riprendo l'orientamento giurisprudenziale che finisce per permettere alle presunzioni semplici di surrogare presunzioni legali o, di fatto, per allargare o modificare fattispecie impositive disciplinate dal diritto sostanziale. È il caso, ad esempio, dell'equiparazione della conclusione delle prestazioni professionali alla percezione dei compensi (art. 54 T.U.I.R.), oppure della presunzione che tende a riqualificare come ricavi gli apporti finanziari dei soci in società di capitali (art. 85 T.U.I.R.). Cfr., per asciutte e puntuali osservazioni, M. BASILAVECCHIA, *Corso di diritto tributario*, Torino, 2022, 415 ss.

⁽⁴⁰⁾ R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, Roma, 2022, 83 ss., 92 ss.

stizia nell'imposizione. Principio che corre con quello, anch'esso fondamentale, della presunzione d'innocenza della persona accertata.

Come tutti gli idoli, anche quello della giustizia va trattato con cura, per non correre il rischio, come ammonisce Gustave Flaubert in *Madame Bovary*, che un po' di oro rimanga sulle dita e alla fine, paradossalmente, l'idolo stesso si rivolti contro chi ha provato a toccarlo. L'auspicio è che questo non accada e che, anzi, la "scossa" del legislatore determini una riflessione a tutto campo, come sottolinea Lupi, sulla socialità del diritto e, aggiungo io, sui principi dello stato costituzionale letti alla luce del principio di realtà del diritto stesso.

L'onere della prova nelle diverse tipologie di controversie

DI ANDREA CARINCI

Il tema dell'onere della prova è un tema sicuramente centrale nella dinamica del rapporto tributario. Come del resto in ogni vicenda di rilevanza giuridica. Non è questa certamente la sede per indagare il senso e la portata di tale formula, della sua duplice valenza (come regola di giudizio e come criterio di riparto di un onere tra le parti). Piuttosto, ci si vuole interrogare su come il suddetto onere si atteggi diversamente a seconda del tipo di giudizio ⁽¹⁾.

La questione ha assunto sicuramente una nuova dimensione per effetto dell'introduzione, nell'art. 7 del D.Lgs. n. 546/1992, di un nuovo comma 5-*bis*, dedicato appunto al tema dell'onere della prova ⁽²⁾. Un nuovo comma che parrebbe derogare, per la controversia tributaria, alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c.⁽³⁾.

In ragione del nuovo 5-*bis*, difatti, l'onere della prova, tranne che in materia di rimborso, è accollato interamente all'Agenzia fiscale, la quale risulta chiamata, peraltro, a fornire una prova

¹ In argomento, ampiamente F. ANELLI - A. BRIGUGLIO - A. CHIZZINI - M. DE POLI - E. GRAGNOLI - M. ORLANDI - L. TOSI (a cura di), *L'onere della prova*, Vicenza, 2024; A. MARCHESELLI, *La prova nel processo tributario*, Milano, 2024; F. PISTOLESI, *Il processo tributario*, Torino, 2024, 127; A. CARINCI, *Manuale sul processo tributario*, Torino, 2024, 51.

² V. FICARI, *Modifiche normative ed onere della prova tra procedimento e processo tributario*, in *Rivista di diritto tributario*, 2023, fasc. 6, 603; G. MELIS, *L'onere della prova nel diritto tributario dopo la legge n. 130 del 2022 e il d.lgs. n. 219 del 2023*, in *Dir. prat. trib.*, n. 5, 1 settembre 2024, 1682.

³ Per la Cassazione (Cass. del 25/07/2024, n. 20816) il nuovo comma 5-*bis*, essendo una norma di natura sostanziale e non processuale, si applica ai giudizi introdotti successivamente al 16 settembre 2022, data di entrata in vigore della legge predetta.

sufficiente, non contraddittoria, circostanziata e puntuale ⁽⁴⁾. Una prova quindi piena, che non dovrebbe lasciare spazio a mere argomentazioni indiziarie.

Non a caso, la prima dottrina, occupata ad interrogarsi della nuova disciplina ha subito evidenziato la forte discontinuità che questa dovrebbe portare alla tradizionale dinamica con cui viene gestita la prova nella controversia fiscale ⁽⁵⁾. Una discontinuità che, in particolare, non dovrebbe più consentire all'Amministrazione articolare la prova su meri quadri indiziari e, soprattutto, dovrebbe caricare sull'Agenzia la prova in tante situazioni dove, ad oggi, l'onere è calato invece sul contribuente.

Ecco, che così impostata la questione, subito si prende atto essa di come la nuova regola, nella sua apparente linearità, dovrebbe giungere a travolgere una giurisprudenza praticamente consolidata che, nel tempo, ha variamente modulato l'onere della prova. Anche se, va detto, la prima giurisprudenza ha fortemente ridimensionato la riforma, giungendo a chiarire che «la nuova formulazione legislativa [...] non stabilisce un onere probatorio diverso o più gravoso rispetto ai principi già vigenti in materia, ma è coerente con le ulteriori modifiche legislative in tema di prova, che assegnano all'istruttoria dibattimentale un ruolo centrale» ⁽⁶⁾.

Va allora osservato come, per giurisprudenza affatto pacifica, l'onere della prova è stato fino ad ora diversamente articolato, in particolare distinguendo tra:

- a) Controversie aventi ad oggetto l'occultamento di redditi. Qui, pacificamente l'onere della prova è sempre stato individuato in capo all'Amministrazione finanziaria. Era questa, in sostanza, tenuta a provare l'esistenza dei redditi asseritamente occultati ⁽⁷⁾.
- b) Controversie su costi e detrazioni non spettanti. Qui, al

⁴ A. GIOVANNINI, *L'onere della prova*, in *La riforma fiscale. I diritti e i procedimenti* (a cura di A. Giovannini), vol. II, Pisa, 2024, 268.

⁵ A. MARCHESELLI, *La prova nel processo tributario*, cit., 104.

⁶ Cass. n. 31878/2022

⁷ A. MARCHESELLI, *La prova nel processo tributario*, cit., 238.

contrario, era richiesto all'Agenzia di fornire una contestazione argomentata, un quadro indiziario utile a rendere essenzialmente verosimile la pretesa, rimanendo in capo al contribuente l'onere di provare l'esistenza, l'inerenza e la corretta imputazione del costo e della detrazione ⁽⁸⁾. Tutto ciò, sull'assunto che la prova di un costo o di una detrazione costituisce un fatto impeditivo, modificativo o estintivo della pretesa e, come tale, va provato da chi lo invoca, ai sensi dell'art. 2697, comma 2, c.c. ⁽⁹⁾.

- c) Controversie su fatture inesistenti. Anche in questo caso, all'Agenzia è sempre stato richiesto di fornire un quadro indiziario che rendesse almeno verosimile la non esistenza dell'operazione, rimanendo in capo al contribuente fornire la prova positiva dell'esistenza dell'operazione contestata ⁽¹⁰⁾.
- d) Controversie su perdite di crediti. In questo caso è stato tradizionalmente affermato che è onere del contribuente dimostrare la certezza e precisione di, a seconda dei casi, la perdita ovvero degli elementi da cui emerge la perdita ⁽¹¹⁾.

⁸ Cfr. Cass. n. 11205/2007 e più di recente Cass. n. 28322/2019

⁹ Si ricorda, che pacificamente, la violazione dell'art. 2697 c.c. è censurabile per cassazione, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni (Cass. del 04 settembre 2020, n. 18401).

¹⁰ Cass. n. 8716 depositata il 2 aprile 2025, secondo cui l'onere della prova relativa alla presenza di operazioni oggettivamente inesistenti è a carico dell'Amministrazione finanziaria, la quale però la può assolvere mediante presunzioni semplici, come l'assenza di una idonea struttura organizzativa (locali, mezzi, personale, utenze). Dopo di che, spetta al contribuente provare l'effettiva esistenza delle operazioni contestate, non potendo tale onere ritenersi assolto con l'esibizione della fattura ovvero in ragione della regolarità formale delle scritture contabili o dei mezzi di pagamento adoperati, trattandosi di documenti di regola utilizzati proprio allo scopo di far apparire reale un'operazione fittizia

¹¹ Cass. n. 9784/2019, secondo cui la deducibilità è ancorata a criteri di precisione e certezza, il cui onere probatorio incombe, in via ordinaria, in capo al contribuente, che intende avvalersene sia con riguardo all'*an* della perdita derivante dall'inesigibilità del credito sia in merito al *quantum*, ossia alla sua entità; se il contribuente non riesce a dimostrare che la perdita sul credito vantato è stata certa e definitiva nell'anno in cui è stata dedotta fiscalmente, l'Amministrazione finanziaria è legittimata a recuperare la maggiore imposta (Cass. n. 303 dell'8 gennaio 2025).

- e) Rimborsi e regimi di favore. Qui, è sempre stato pacifico che costituisse onere del contribuente fondare le ragioni della propria pretesa ⁽¹²⁾.

In questo assetto, apparentemente lineare, debbono poi però essere considerate le presunzioni, tradizionalmente a favore dell'Agenzia. Sia le presunzioni semplici come quelle legali (come ad esempio quelle dell'art. 32 del d.P.R. n. 600/1973 ⁽¹³⁾). E in questo caso, il gioco delle presunzioni ha finito spesso per alterare profondamente l'equilibrio dell'onere della prova, spostando in modo sistematico il relativo peso sul contribuente ⁽¹⁴⁾. Ciò che infatti viene richiesto all'Agenzia è, di fatto, un principio di prova, una sorta di verosimiglianza della contestazione promossa, con l'onere per il contribuente di fornire la prova positiva della correttezza della propria condotta.

Vi sono poi anche le presunzioni di matrice giurisprudenziale, come, ad esempio, quelle sulle società a ristretta base azionaria. Anche in questo caso, all'Agenzia è richiesto solo di provare la ristretta base societaria, mentre è onere del contribuente dimostrare che i maggiori redditi sono stati destinati altrimenti e non a lui ⁽¹⁵⁾.

¹² Cfr. tra le tante Cass. n. 20332/2018; Cass. n. 23228/2017; Cass. n. 23167/2017 per cui, in materia di agevolazioni tributarie, l'onere di provare i presupposti di fatto che giustificano l'applicazione del regime agevolativo è a carico del contribuente

¹³ Cass. n. 5007 del 26 febbraio 2025, secondo cui se l'accertamento si fonda su verifiche di conti correnti bancari, l'onere probatorio dell'Amministrazione è soddisfatto, secondo l'art. 32 del D.P.R. n. 600 del 1973, con i dati e gli elementi risultanti dai conti predetti. Spetta pertanto al contribuente dimostrare che gli elementi desumibili dalla movimentazione bancaria non sono riferibili ad operazioni imponibili, fornendo, a tal fine, una prova non generica, ma analitica, con indicazione specifica della riferibilità di ogni versamento bancario, in modo da dimostrare come ciascuna delle operazioni effettuate sia estranea a fatti imponibili.

¹⁴ Cass. 5 marzo 2021, n. 6270 che, in tema di accertamento cd. sintetico, ha chiarito che se al contribuente viene contestato che la spesa effettuata deriva dalla percezione di redditi ulteriori, ecco che il contribuente viene onerato della prova contraria sulla loro disponibilità, sull'entità degli stessi e sulla durata del possesso; Cass. n. 2746/2024 con riguardo al redditometro, ha stabilito che "la prova contraria [...] che [...] il contribuente deve fornire, per superare la ricostruzione presuntiva e sintetica del reddito operata dall'Amministrazione, non può limitarsi alla dimostrazione della mera disponibilità di ulteriori redditi".

¹⁵ A. BORGOGGIO, *La presunzione di distribuzione nelle società "ristrette" si supe-*

Così, e nonostante le affermazioni di principio, per cui l'onere della prova andrebbe riconosciuto in capo all'Amministrazione finanziaria, tradizionalmente è accaduto che detto onere della prova sia stato, nella pressoché generalità dei casi, in capo al contribuente. In questo ha peraltro giocato un ruolo significativo la regola della cd. vicinanza alla prova che, ancora, ha visto investito il contribuente di un onere probatorio di principio non invocabile ⁽¹⁶⁾.

A questo punto è lecito domandarsi se sia cambiato qualche cosa con l'introduzione del co. 5-*bis* dell'art. 7 del D.Lgs. n. 546/1992 ⁽¹⁷⁾.

Qui, in effetti, il tenore letterario è abbastanza chiaro nel senso di prevedere, come regola assolutamente generale, quella per cui l'onere della prova incombe sull'amministrazione. Unica eccezione, perché di eccezione in effetti sembra trattarsi, è per le cause di rimborso, dove invece viene espressamente riservato al contribuente l'onere della prova. Così, stando almeno al tenore letterario della norma dovrebbe essere stato, di fatto, rivoluzionato tutto. Sennonché, va detto, che ad avviso della Suprema Corte di Cassazione, di fatto, nulla è cambiato ⁽¹⁸⁾.

Sicuramente, non cambia nulla in ordine all'operare delle presunzioni, che quindi continuano a funzionare come prima. Ciò è già stato chiarito dalla giurisprudenza, sia con riferimento alle presunzioni legali, per cui il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 7 non si pone in contrasto con la persistente applicabilità delle presunzioni legali che, nella normativa tributaria sostanziale, impongono

ra solo con prova di estraneità molto rigorosa, il fisco 2024, 4135; V. DE BONIS, *Società a ristretta base partecipativa: l'onere della prova riformato non incide sulla distribuzione degli utili ai soci - La valutazione delle prove da parte del giudice tributario: dal "più probabile che non" alla "clear and convincing evidence"*. Ricadute in tema di rettifiche da ristretta base partecipativa, GT – Riv. giur. trib., 2025, 129.

¹⁶ A. GIOVANNINI, *L'onere della prova*, cit., 267.

¹⁷ G. SCANU, *Motivazione e (onere della) prova nel processo tributario riformato*, in Riv. trim. dir. trib., 2023, 915.

¹⁸ Cass. del 27 ottobre 2022, n. 31878.

no al contribuente l'onere della prova contraria ⁽¹⁹⁾, sia con le presunzioni semplici ⁽²⁰⁾. Ma è chiaro, che se si vuole dare un qualche contenuto alla novella portata dal nuovo comma 5-*bis*, è necessario che sia rigorosamente rispettato il paradigma di cui all'art. 2729 c.c., ossia che le presunzioni siano effettivamente gravi, precise e concordanti.

Lo stesso si deve dire anche con riguardo alle presunzioni giurisprudenziali, come quella sulle società a ristretta base ⁽²¹⁾. Qui, a rigore, si tratta di una presunzione semplice dove, tuttavia, i criteri della gravità, precisione e concordanza sono oramai passati al vaglio della giurisprudenza, che quindi la ritengono una presunzione pienamente utilizzabile ⁽²²⁾. In questo senso, si è già pronunciata la giurisprudenza, che ha infatti chiarito che, in tema di distribuzione degli utili extracontabili ai soci di società a ristretta base partecipativa, le regole sul riparto dell'onere della prova non risultano mutate per effetto dell'art. 7, comma 5-*bis*, dal momento che questo non preclude il ricorso alle presunzioni semplici, *ex artt.* 2727 e ss. c.c. ⁽²³⁾. Certo, questo non toglie le criticità nell'uso di detta presunzione, almeno in tutti i casi in cui l'impiego viene fatto in assenza dei presupposti, come accade quando viene utilizzata per imputare il reddito e non un utile in nero (costi non inerenti) ⁽²⁴⁾.

¹⁹ Cass. del 30 gennaio 2024, n. 2746.

²⁰ Cass. del 13 giugno 2024, n. 16493.

²¹ A. SBROIAVACCA, *Onere della prova e utilizzo di presunzioni di origine giurisprudenziale: compatibilità con l'art. 7, comma 5-bis, d.lgs. 546/92 e primi orientamenti*, in *Giur. imposte*, 2023, 260.

²² Per Cass. n. 2746/2024 il comma 5-*bis*, in ogni caso “salvaguarda le presunzioni legali, quale quella in materia di accertamento sintetico”. Con la conseguenza che “in materia di giudizio tributario, il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 7 del d.lgs. n. 546 del 1992, introdotto dall'art. 6 della l. n. 130 del 2022, secondo cui il giudice deve valutare la prova ‘comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, non si pone in contrasto con la persistente applicabilità delle presunzioni legali che, nella normativa tributaria sostanziale, impongano al contribuente l'onere della prova contraria”. Alla stregua di detta giurisprudenza, bisogna allora riconoscere che anche le presunzioni di pura origine giurisprudenziale possono ritenersi confermate, anche a seguito dell'introduzione del comma 5-*bis* nell'articolo 7 del D.lgs. n. 546/1992.

²³ Cass. del 9 luglio 2024, n. 18764.

²⁴ A. CARINCI - S. ROSSETTI, *Distribuzione di utili in nero ai soci di società a ristretta base partecipativa: presunzione o regime di tassazione?*, in *Il fisco* 28/2021,

Fuori da questi casi, la novella del co. 5-*bis*, tuttavia, dovrebbe modificare l'assetto passato.

Così, in caso di operazioni inesistenti, l'Agenzia non dovrebbe più potersi limitare ad offrire un mero quadro indiziario, ma dovrebbe invece fornire la prova positiva dell'inesistenza (oggettiva o soggettiva) dell'operazione ⁽²⁵⁾. In particolare, non dovrebbe essere più consentito all'Agenzia argomentare solamente l'inesistenza di un'operazione sulla base di circostanze indiziarie (omesso versamento dell'imposta, carenza di struttura e personale ecc.) quando si tratta dell'inesistenza di operazioni immobiliari, dove la prova positiva piena è facilmente nella disponibilità dell'Agenzia (basta una foto presa da Googlemaps) ⁽²⁶⁾.

Con riguardo ai costi, si potrebbe distinguere. Se viene contestata l'inerenza o la competenza, non si tratta di assolvere ad un onere probatorio, ma solo argomentativo. Per cui non entra in campo il co. 5-*bis*.

Se invece viene contestata l'esistenza di un costo, alla stregua della nuova norma dovrebbe spettare all'Agenzia provare detta inesistenza; ciò, sempre che non venga invocata la regola della vicinanza alla prova. Nel caso invece in cui sia contestato un maggior reddito ed il contribuente voglia il riconoscimento di taluni costi, appare evidente che sia onere suo fornirne la prova: è vero che il reddito andrebbe provato al netto, ma sembra qui invocabile l'art. 2697, co. 2, c.c. che, nonostante l'avvento del nuovo comma 5-*bis*, non sembra derogato.

Infine, nell'ipotesi di regimi di favore e deduzioni si dovrebbe ritenere che, essendo prevista come unica eccezione dalla norma all'onere in capo all'Agenzia quella per le cause di rimborso, l'onere oggi incomba sull'Agenzia. È l'Agenzia che dovrebbe

1-2707.

²⁵ L.R. CORRADO, *Frodi carosello: onere della prova e automatizzazione da parte delle Autorità amministrative - Operazioni soggettivamente inesistenti: prova (contraria) sulla (in)consapevolezza del cessionario*, GT – Riv. giur. trib., 2025, 342.

²⁶ Di contrario avviso si è però già mostrata la giurisprudenza; cfr. Cass. n. 8716 del 2 aprile 2025.

quindi provare che non spetta il regime di favore o non compete una deduzione. Non più il contribuente. Si tratta, indubbiamente, di una conclusione in forte discontinuità con il passato. Sicché, e nonostante quello che afferma in modo perentorio il nuovo co. 5-*bis* resta il timore che per la giurisprudenza, alla fine, non cambi nulla: invocando regole peculiari, come la vicinanza alla prova, appare verosimile ipotizzare che non venga modificato l'assetto circa l'onere della prova che si è venuto costruendo nel tempo. Insomma, resta comunque sempre, o quasi, l'onere in capo al contribuente. Bisognerà aspettare l'evoluzione della giurisprudenza.

dialoghi con la giurisprudenza

Corte di Cassazione, V Sez. Civ., sentenza 25 marzo 2025,
n. 7965

Pres. E.L. Bruschetta - Rel. G. La Rocca

In tema di rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c., il vaglio di ammissibilità dell'ordinanza di remissione, svolto prima facie dal Primo Presidente della Corte di cassazione, non preclude al collegio designato la valutazione dei medesimi presupposti, nell'ambito dei quali rientra il requisito della "necessità" della questione, da intendersi non quale pregiudiziale in senso tecnico, ma come presupposto logico, dal quale dipende in modo concreto ed effettivo la decisione della lite, ivi comprese le questioni preliminari di merito, che, ove idonee a definire immediatamente il giudizio a prescindere dalla questione sollevata dal giudice di merito, determinano l'inammissibilità del rinvio pregiudiziale (1).

(1) La rilevanza della questione interpretativa ex art. 363-bis c.p.c. fra presidenza, collegio della Corte e giudice a quo (*).

1. Al debutto del rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis ho ritenuto che le prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo e tutto sommato più che condivisibile istituto andassero seguite con particolare attenzione e che, in particolare, nei decreti di ammissione o non ammissione della Presidenza andassero ricercati i più significativi apporti interpretativi in ordine al neonato art. 363-bis ⁽¹⁾. Ciò non vuol dire ovviamente che anche nelle ordinanze di rinvio

(*) Contributo anticipato su *Judicium.it*.

(1) V. Le cinque puntate del mio *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2023, 483 ss. e 965 ss.

dei giudici di merito e soprattutto nelle pronunce pregiudiziali collegiali della Suprema Corte non si ritrovino spunti assai utili alla decifrazione concreta nonché all'inquadramento sistematico ed anche politico del nuovo istituto. È anzi frequente che nelle sentenze pregiudiziali ⁽²⁾ il Collegio — statisticamente e per forza di cose meno impegnato dell'ufficio del Primo presidente di fronte alla alternativa ammissibilità/inammissibilità del rinvio (il quale è stato già filtrato ed ammesso) e perciò riguardo a molte delle problematiche interpretative poste dal nuovo art. 363-*bis* — approfitti in questo periodo d'esordio (e smetterà verosimilmente fra qualche tempo trovando la cosa ormai superflua) per riepilogare, nella parte iniziale della motivazione e prima di affacciarsi con la questione oggetto del rinvio, i fondamenti razionali di questo rarissimo prodotto intelligente della malaugurata "Cartabia".

Così anche la pronuncia che ora si commenta. Della quale, in proposito, trovo particolarmente azzeccata la trascrizione di quanto già si legge in Cass. Sez. Un. n.34851/2023: [il nuovo rinvio pregiudiziale] «rappresenta un'opportunità offerta al giudice di merito per rivolgersi all'organo giurisdizionale che, nell'attuale sistema, garantisce l'unità e l'uniforme interpretazione del diritto (...) e costituisce espressione di un nuovo bilanciamento tra i poteri riconosciuti alla giurisdizione di merito e di legittimità, nell'ambito del quale alla compressione del potere decisorio cui il giudice di merito decide di sottostare nell'esercizio delle prerogative che la legge gli attribuisce fa riscontro una forte espansione del ruolo d'impulso allo stesso spettante come parte del sistema

(2) La Corte ha subito adottato — come era ben immaginabile vista la particolare valenza nomofilattica da assegnarsi *naturaliter* alla pronuncia pregiudiziale nonché la prevista modalità necessaria della pubblica udienza e la correlata, anche se non del tutto decisiva, lettura *a contrario* dell'art. 375, comma secondo, 4-*quater* — la forma della "sentenza". Poiché tuttavia l'art. 363-*bis* tace a riguardo, avevo originariamente proposto, a chi volesse sezionare il capello, l'idea di una forma *sui generis* e di quarto tipo, sostanzialmente alla stregua dell'*avis* francese, poiché concretantesi nella sola fissazione di un principio di diritto preceduta ovviamente da motivazione: cfr. il mio *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, in questa *Rivista*, 2022, 947 ss., spec. 963.

giustizia nel suo complesso, inteso non più solo come funzione dello Stato diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma come servizio pubblico in cui le risorse destinate alla soluzione della singola controversia contribuiscono al soddisfacimento di un più ampio compendio di esigenze individuali».

Sì tratta — credo, e se si considerano adeguatamente le locuzioni “espressione di un nuovo bilanciamento”, “decide di sottostare” e “forte espansione del ruolo di impulso” — della migliore risposta a chi ha ideologicamente criticato il nuovo istituto evocando i triti spauracchi della gerarchizzazione, della mortificazione della giurisprudenza di merito ecc... (3).

Dicevo che quando il rinvio passa il filtro il Primo presidente ha già dovuto risolvere esplicitamente o implicitamente le problematiche, interpretative in astratto ed applicative in concreto, che riguardano i sintagmi dell'art. 363-*bis* relativi alla ammissibilità ed alle relative condizioni. Il che però non vuol dire che il Collegio della Corte non possa tornarci sopra all'occorrenza, ma solo che la cosa sarà statisticamente piuttosto rara. Scontato insomma che il decreto di inammissibilità del Primo presidente è ovviamente insindacabile (4), sol che altrettanto ovviamente non preclude un nuovo rinvio da parte del giudice di merito, alla domanda se il decreto di ammissibilità del primo presidente sia vincolante per il Collegio deve risponderci astrattamente in senso negativo (5). È

(3) V. A riguardo la mia *Postilla su rinvio pregiudiziale, “gerarchia” inevitabile ed innocua, e nomofilachia*, in questa *Rivista*, 2023, 557.

(4) Un sindacato rappresenterebbe ultronea e del tutto diseconomica superfetazione, visto che qui non si tratta di dare o meno accesso ad una impugnazione e dunque di assicurare, per scrupolo garantistico giustificato, una *Nichtzulassungsbeschwerde* o analogo rimedio tipico dei sistemi che prevedono un apposito ed autonomo giudizio di ammissibilità della impugnazione alla corte superiore.

(5) In proposito rinvio ancora al mio *Esperienze applicative*, cit., in questa *Rivista*, 2023, 492 s. Si sono poi, con particolare accuratezza, occupati del tema, ed hanno opinato nello stesso senso, fra altri E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in cassazione*, in questa *Rivista*, 2023, 69, F.S. DAMIANI, *Il rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Giusto Processo Civile*, 2023, 74-75, A. CAROSI, *La prima pronuncia interpretativa (delle Sezioni Unite) sul rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis* in *Riv. Dir. Proc.*, 2025, 412 in senso diverso, probabilmente, F. SANTAGADA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, in AA.VV., a cura di R. Tiscini, *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, 537 s.

del resto la stessa Prima presidenza che alle volte ha ammesso il rinvio con riserva e cioè rimettendo dichiaratamente al Collegio la soluzione definitiva della sottostante questione interpretativa — ad esempio quella relativa alla necessità rigorosamente imprescindibile ovvero in qualche modo aggirabile del contraddittorio previo alla ordinanza di rinvio ⁽⁶⁾ —, non volendo appunto sottrarre al Collegio le sue prerogative in proposito. Il che sta appunto a significare che anche dal punto di vista del Primo presidente fra queste prerogative rientra quella di andare di contrario avviso rispetto alla ritenuta ammissibilità del rinvio. Altro discorso è poi che il Collegio possa *de facto* abdicare all'esercizio di tale prerogativa per ragioni di garbo istituzionale interno o di semplice buon senso, ad esempio: se non sia stato adeguatamente filtrato il rinvio di questione non particolarmente difficile o già risolta dalla Cassazione, è piuttosto arduo che il Collegio, ormai investito e dopo la pubblica udienza, si limiti ad una mera restituzione degli atti al giudice *a quo* senza un contenuto motivazionale che, perfino di là dalla forma del provvedimento, spieghi in cosa consista la soluzione più o meno agevole o già impartita di quella questione.

Nel caso che qui si commenta tuttavia la Cassazione ribadisce in linea astratta, e facendo seguito a quanto già affermato da Cass. Sez. Un n. 15130/2024, il carattere per essa non vincolante della declaratoria di ammissibilità ad opera del Primo presidente; ed in concreto tiene pienamente fede al proprio contrario avviso, poiché la condizione di ammissibilità implicata è quella della rilevanza (“la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio”: art. 363-*bis*, comma primo, n. 1), e nessuna ragione di buon senso ⁽⁷⁾, può escludere la insanabile contraddizione in

⁽⁶⁾ Cfr. Il decreto 7 settembre 2023 in questa *Rivista*, 2023, 965 ss., ma vedi anche, su altro tema sempre in punto di ammissibilità, il precedente decreto della prima presidente 18 aprile 2023, in questa *Rivista*, 2023, 484 ss. (con mia chiosa), contenente una significativa e generale dichiarazione di intenti, giustamente richiamata anche nella pronuncia che qui si commenta.

⁽⁷⁾ Quale quella che ha indotto la cit. Cass. Sez. Un. n. 15130/2024 (vedila in *Riv. Dir. Proc.*, 2025, 404 ss., con ampio commento di A. CAROSI. *La prima pronuncia interpretativa delle Sezioni Unite sul rinvio pregiudiziale* cit.) a glissare alquanto sul veniale

termini consistente nel dire che la questione è irrilevante e contemporaneamente risolverla nel merito in sede di pronuncia sul rinvio pregiudiziale.

2. Sul piano teorico è sovrabbondante la pronuncia che si commenta quando si preoccupa di chiarire che la “necessarietà” “alla definizione anche parziale del giudizio”, letteralmente evocata dall’art. 363-*bis*, comma primo, n. 1, non deve far pensare ad un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico fra cause. La cosa è assolutamente ovvia. Così come assolutamente ovvio è che il nuovo rinvio pregiudiziale per così dire “interno” o “ordinario” dia luogo ad una ulteriore ipotesi di “sospensione impropria” che si affianca a quelle classiche innescate dal rinvio pregiudiziale costituzionale e dal rinvio pregiudiziale comunitario o unionale o europeo che dir si voglia (ma il nome originario andrebbe sicuramente conservato) ⁽⁸⁾. Del pari ovvio risulta che per “necessa-

difetto di contraddittorio precedente il rinvio e a questo replicare senz’altro nel merito, visto che - le Sezioni Unite non lo hanno detto ma la cosa mi era parsa evidente già di fronte al cennato decreto, sul punto attendista, della prima presidente (cfr. ancora il mio *Esperienze applicative* cit, in questa *Rivista*, 2023, 976) - sarebbe stato assurdo dichiarare inammissibile quel rinvio per vedersene proporre altro identico dal medesimo giudice *a quo* una volta sollecitato da questi il formale contraddittorio a riguardo.

⁽⁸⁾ Per la sempre opportuna precisazione secondo cui anche la sospensione impropria non si differenzia da quella *ex art.* 295 c.p.c. sul piano del regime e degli effetti per l’appunto “sospensivi”, nonché per altri apporti ricostruttivi alla categoria vedi la ormai classica monografia di G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 125; per la esatta circoscrizione concettuale della sospensione impropria alle sole ipotesi in cui la questione sottoposta alla decisione della diversa corte non potrebbe formare oggetto di un autonomo giudizio v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 279; mentre l’avviso del Consiglio di Giustizia Amministrativa siciliano (8 febbraio 2011, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2011, 2, 663 ss.), secondo cui la sospensione per pregiudizialità comunitaria sarebbe una sospensione propria *ex art.* 295 c.p.c. (e 79 c.p.a.) quando il giudice *a quo* sia un giudice di ultima istanza obbligato al rinvio, è frutto di evidente abbaglio concettuale, perché l’alternativa obbligo/facoltà di rinvio pregiudiziale è un invariante rispetto alla classificazione che ci occupa, in ordine alla quale resta invece rilevante che non possa darsi un processo in via principale innanzi alla Corte di Giustizia avente ad oggetto la sola questione interpretativa (viceversa si tratta di sospensione propria quella del processo nazionale allorché penda innanzi alla Corte un giudizio principale sulla validità dell’atto comunitario che risulti pregiudicante: cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova,

rietà” non possa dunque che intendersi “rilevanza” della *quaestio* nel senso in prima approssimazione comune ai tre casi di “pregiudizialità” appena evocati ⁽⁹⁾.

Ben più utile è che la pronuncia che si commenta richiami la diversità di piani ed anche di tempi tra una verifica di rilevanza che compete al Primo presidente e poi e se del caso correttivamente al Collegio della Corte, per così dire, allo stato degli atti e sulla base di quanto emerge anzitutto dalla stessa ordinanza di rinvio o anche dal contributo dialettico delle parti nelle memorie e nella discussione ⁽¹⁰⁾, ed una eventuale e sopravvenuta constatazione di irrilevanza pur sempre possibile dopo il responso pregiudiziale ad opera del giudice di merito, al quale resta pur sempre “*affidata la ricostruzione della concreta vicenda processuale*” (così già Cass. Sez. Un. n. 34851/2023). È dunque nella natura delle cose che il responso pregiudiziale non possa risultare nel momento in cui emanato puramente astratto e puramente vocato alla nomofilachia *pro futuro* (per quanto, in ipotesi, esso appaia sommamente utile in proposito), donde appunto la preventiva triplice (giudice di merito, primo presidente, Corte) verifica di sua effettiva rilevanza ai fini del decidere ⁽¹¹⁾; ma che quel responso possa *a postero-*

1996, 88-92) e che (ovviamente anche in caso di rinvio obbligatorio) il contraddittorio del processo *a quo* si trasferisca e prosegua per quanto di ragione innanzi alla Corte di Giustizia: ed è appunto sintomatica in questo senso proprio la soluzione concreta, condivisibile seppur eterodossa, enunciata in quella pronuncia, a termini della quale il giudice nazionale obbligato al rinvio - ma lo stesso varrebbe *mutatis mutandis* per il giudice di istanza inferiore -, quando constata che sulla questione pregiudiziale interpretativa già pende un giudizio innanzi alla Corte di Giustizia su rinvio di altro giudice, può e deve sospendere il proprio giudizio, ma in tal caso deve disporre apposito rinvio rimettendo così le parti innanzi alla Corte.

⁽⁹⁾ Sul requisito della rilevanza, in relazione al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Cassazione, v. assai perspicuamente A. PANZAROLA, *Introduzione al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, Pisa, 2023, 66 ss., e R. TISCINI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione*, in *Giust. Civ.*, 2023, 343 ss., spec. 361 ss.

⁽¹⁰⁾ Si richiama in proposito Cass. Sez. Un. n. 15130/2024, che lo ha affermato con riguardo al caso in cui, essendo formalmente mancato il contraddittorio previo al rinvio pregiudiziale, quel contributo dialettico innanzi alla S.C. appaia particolarmente significativo; ma naturalmente il rilievo non può limitarsi a questo solo caso.

⁽¹¹⁾ La motivazione in esame richiama in proposito opportunamente Cass. n. 11688/2024 punto 3.2., nonché una serie di conformi decreti presidenziali; riguardo ai

ri rivelarsi in concreto irrilevante e perciò inapplicabile — senza che ciò comporti vulnerazione della sua efficacia vincolante prevista dall'art. 363-*bis* — a motivo di una rivalutazione della controversia di merito ad opera del giudice che ne è investito; sicché in tal caso ed al postutto si avrà — visto che “sfar non puoi la cosa fatta” e senza che nessuno debba stracciarsi le vesti — il permanere di un principio di diritto, persuasivo e non vincolante, solamente vocato alla nomofilachia *pro futuro*.

La pronuncia che si commenta, trascrivendo un passaggio di Cass. Sez. Un. n. 34851/2023, richiama, a proposito della constatazione *a posteriori* della irrilevanza da parte del giudice di merito, le ipotesi delle modificazioni normative sopravvenute alla enunciazione del principio di diritto pregiudiziale e delle risultanze di una istruttoria più approfondita donde emerga una situazione di fatto difforme da quella tenuta presente nella formulazione del quesito. Ma in realtà non può escludersi neppure — e su ciò dovrà tornarsi sotto un peculiare punto di vista al termine di questo commento — che il giudice di merito rimediti anche il quadro puramente giuridico della controversia e risolva in modo diverso, e tale da determinare la inutilizzabilità del responso pregiudiziale già ottenuto, una o più questioni di diritto distinte ma a loro volta logicamente pregiudiziali rispetto alla originaria valutazione di rilevanza del quesito di diritto già rivolto alla Corte. Ben inteso quest'ultimo, e non invece quello delle presupposte valutazioni di fatto, è l'ambito precipuo entro al quale può di regola esercitarsi e si è esercitato nella specie il controllo preventivo di rilevanza ad

quali risulta non condivisibile solo una affermazione ultronea, secondo cui sarebbe «improprio l'utilizzo del rinvio pregiudiziale ove rivolto unicamente a conseguire un suggello interpretativo dalla Corte di cassazione diretto a preservare la decisione del rimettente da una diversa lettura ed applicazione delle norme ad opera del giudice della impugnazione»; in realtà, da un lato, un rinvio fondato solo ed esclusivamente su tale dichiarato scopo sarà verosimilmente un rinvio inammissibile per assenza della grave difficoltà o della serialità o della non ancora intervenuta risoluzione della questione; e d'altro lato, se tutte tali condizioni invece sussistono, e ferma l'altra della rilevanza, non può certo stigmatizzarsi la personale *intentio* del giudice di merito volta alla protezione della futura sua sentenza dalla impugnazione, ché anzi si tratta di *intentio* del tutto fisiologica.

opera della stessa Corte, di là dal caso in cui la irrilevanza sia manifesta e conclamata alla stregua delle stesse prospettazioni anche in fatto della ordinanza di rinvio.

3. Proprio a questo riguardo è altresì significativo, e merita qui una apposita parentesi di riflessione prima di tornare a quanto deciso dalla pronuncia in esame, che la Corte richiami l’*“ampio ventaglio delle definizioni del concetto di rilevanza offerte dal giudice delle leggi”* ed insomma il carattere in qualche modo più permissivo e più elastico del controllo esercitato dalla Consulta sulla rilevanza della questione di costituzionalità, rispetto ad una connotazione che si vuole evidentemente più concreta e potenzialmente più severa e più invasiva, rispetto al previo vaglio del giudice di merito, della verifica di rilevanza del quesito interpretativo *ex art. 363-bis* riservata alla Cassazione.

La verifica di rilevanza indubbiamente, e se non altro sul piano empirico, varia a seconda dei tre contesti del rinvio pregiudiziale: comunitario, costituzionale, interno.

Volendo semplificare le cose all’estremo: nel primo caso la verifica di rilevanza è affidata al 90% al giudice nazionale e solo in via residualissima — sebbene oggi fors’anche in casi meno eclatanti del classico *Foglia-Novello* — essa si presta ad essere *overruled* da una Corte unionale che poco sa e dovrebbe sapere delle dinamiche del processo interno e soprattutto della portata effettiva e concreta del diritto nazionale che sovente entra ellettivamente a far parte, nella prospettazione riservata appunto al giudice nazionale, del parametro di rilevanza ⁽¹²⁾. Nel secondo caso la Corte costituzionale, ben più vicina, quanto a grado di possibile consapevolezza culturale, alle dinamiche del processo *a quo*, se-

⁽¹²⁾ Secondo la prospettazione, a rigore impropria ma da tempo consueta, che in linguaggio di tutti i giorni si esprime: “dimmi Corte di Giustizia se la disposizione di diritto nazionale X, che io ti dico doversi interpretare in senso A, sia o no confliggente con la disposizione unionale Y (della quale a te spetta di chiarire il significato)”. Ovviamente la prospettazione più corretta dovrebbe essere, e talvolta correttamente ricorre: “dimmi Corte di Giustizia se la disposizione unionale Y si interpreta in modo che una disposizione nazionale XA risulta con essa confliggente”.

guita ad utilizzare — come appunto la pronuncia qui commentata ricorda — espressioni mutevoli che virano da un rilevanza astratta e perfino potenziale ad una rilevanza concreta «non bastando la generica possibilità che la norma stessa venga applicata nel corso del giudizio, ove si verifichino le condizioni necessarie per la sua applicazione (Corte cost. n. 10/1979)»; ma quel che è più importante: se tali condizioni il giudice *a quo* rappresenta adeguatamente in fatto ed in diritto come già verificate, è ben difficile che la Consulta si ponga al suo posto, come se fosse quel giudice ordinario che non è, e riveda un compitino che non sia manifestamente negligente. Nel terzo caso la Cassazione, quale destinataria del rinvio pregiudiziale, è essa stessa un giudice civile e per di più di ultima istanza, del tutto omologo al giudice rimettente e più che immedesimabile nelle dinamiche del processo *a quo*; ed ecco che il requisito della rilevanza, pur ritenuto dal giudice remittente, può ben essere ri-controllato a 360 gradi — esclusa per ovvie ragioni ogni rivisitazione degli accertamenti in fatto già compiuti e già prospettati nella ordinanza di remissione — dai destinatari del rinvio e cioè in prima battuta dal Primo presidente ed in seconda e soprattutto dal Collegio della Corte, come il caso di cui ci occupiamo dimostra.

Da ribadire una considerazione di ordine generale legata al comune carattere “pregiudiziale” dei tre rinvii. Cosa accade quando un responso pregiudiziale, per originaria e non ravvisata oppure per sopravvenuta carenza di rilevanza, risulta poi legittimamente non utilizzato ai fini del decidere nel giudizio *a quo*? Rispondere che quel che accade è solo un “tradimento” virtuale della connotazione “pregiudiziale” della *Richterklage* o se si vuole della consultazione di uno o l’altro dei tre organi apicali è del tutto anodino, ed equivale a constatare che il mondo del diritto è, come ogni mondo fatto dagli uomini, imperfetto e che cioè vi sono in esso isolate patologie *a posteriori* più che tollerabili come fisiologiche. Più serio è riflettere sulla diversa portata concreta di questa “patologia nella fisiologia”. E non può negarsi che la portata più appariscente sia quella di una pronuncia interpretativa o di validità della Corte di Giustizia o so-

prattutto quella di una declaratoria di incostituzionalità. Entrambe, pur rese fuori dall'alveo della concreta pregiudizialità entro il quale invece dovrebbero fisiologicamente essere rese, producono effetti generali relevantissimi *pro futuro*: la prima para-normativi *erga omnes* sebbene in teoria reversibili vuoi quanto alla interpretazione vuoi quanto alla affermata validità e perfino invalidità di disposizione comunitaria, la seconda di autentica ed irreversibile *negative Gesetzgebung*. Mentre una pronuncia di rigetto interpretativa della Consulta o un principio di diritto fissato dalla Cassazione *ex art. 363-bis c.p.c.* confluiscono nel più modesto paniere dei precedenti giurisprudenziali persuasivi ma non vincolanti, salvo il maggior grado di persuasività istituzionale o anzi di mascherata ma "giuridica" vincolatività ove il principio di diritto promani dalle Sezioni Unite.

I superiori rilievi sono tuttavia puramente descrittivi, perché non è dal maggior peso specifico *pro futuro* dell'occasionale deragliamentamento del *dictum* pregiudiziale rispetto al binario naturale della "incidentalità" che può derivare di fatto o di diritto la maggiore incisività del controllo di rilevanza da parte della Corte apicale *ad quem*. Sicché questa incisività è massima proprio nel caso della Corte di cassazione nella misura in cui (e per la ragione che) nell'esercitare quel controllo — posto che nessuna delle tre Corti è attrezzata per risolvere *quaestiones facti* presupposte alla rilevanza della *quaestio iuris* rinviata — la Cassazione è per lo meno compiutamente e istituzionalmente abilitata a risolvere le altre presupposte *quaestiones iuris*, che le competerebbe, almeno potenzialmente, di risolvere comunque anche *ex post* e quale giudice ordinario della impugnazione di legittimità.

4. Questa conclusione, per ciò che ora e direttamente interessa, trova riscontro nella pronuncia annotata, con la quale il Collegio, nonostante il via libera del decreto presidenziale, dichiara inammissibile il rinvio e dunque nega la soluzione pregiudiziale della questione interpretativa di merito, per il resto rispondente a tutti i requisiti di ammissibilità, rilevandone la irrilevanza in re-

lazione al caso concreto atteso il difetto di legittimazione passiva del convenuto, e cioè delibando la soluzione di una, sicuramente pregiudiziale, questione di rito in senso ostativo al passaggio al merito e dunque alla necessità per il giudice *a quo* di ottenere lumi su ogni questione al merito compresa quella oggetto del rinvio pregiudiziale ⁽¹³⁾.

Poteva farlo rispetto alle prerogative del Primo presidente? Abbiamo già detto di sì in termini generali; né sussistevano nella specie ragioni impedienti neppure in termini di buon senso. Vi è anzi da dire che una siffatta valutazione di inammissibilità per irrilevanza, passante per la soluzione di altra pregiudiziale *quaestio iuris* non oggetto di rinvio pregiudiziale ma destinata a porsi nel giudizio *a quo*, è forse meglio che provenga dal Collegio piuttosto che dal Primo presidente.

Dopo di che deve essere a mio avviso chiara una cosa, anzi più di una.

La declaratoria di inammissibilità in quei termini, vuoi se proveniente dalla Presidenza vuoi *a fortiori* se proveniente dal Collegio, non dovrebbe essere — perché non è dato scherzare con istituti in astratto confliggenti con l'economia del singolo processo — fra quelle aggirabili o rimediabili dal medesimo giudice *a quo* con un reiterato rinvio pregiudiziale (come sarebbe il caso invece di declaratorie di inammissibilità del rinvio per difetto di previo contraddittorio o per difetto di “serialità”, le quali sono — la prima agevolmente, anche se bisognerebbe eliminare l'occasione *ab imo* come è stato già fatto ⁽¹⁴⁾, la seconda in rari e sorprendenti casi — rimediabili a seguito di sopravvenienze).

Ma neppure può dirsi che una pronuncia quale quella che qui si annota, allorché essa ritorna al giudice del merito, vincoli *de iure* quest'ultimo riguardo alla soluzione della questione preliminare o pregiudiziale, o di ogni altra questione, che sia stata attinta al solo

⁽¹³⁾ Sotto altri e paralleli profili concernenti l'ipotesi di (altro) quesito di diritto presupposto alla rilevanza di quello rimesso alla Corte, e sempre nella dialettica giudice *a quo*, Primo presidente e Corte, v. già A. BRIGUGLIO, *Esperienze applicative*, cit. 2023, 513 ss.

⁽¹⁴⁾ V. sopra al par. 2.

scopo della verifica di rilevanza del rinvio. E ciò perché la consacrazione normativa del vincolo è ovviamente limitata dall'art. 363-*bis* al solo responso pregiudiziale, e perché non è dato alterare, fuori da tale consacrazione normativa, l'iter normale dell'*Instanzenzug*. Il giudice *a quo*, salvo che non reiteri *sua sponte* quella soluzione perché particolarmente persuasiva, potrà ben andare di contrario avviso esponendosi al sindacato impugnatorio, al culmine del quale anche la S.C. — diversamente da quanto accadrebbe rispetto al responso pregiudiziale propriamente detto — potrà mutare d'opinione. Parafrasando un titolo piuttosto noto di Giuseppe Tarzia a proposito dell'ausilio giudiziario all'arbitrato, dovrà dirsi "assistenza" (condita di indispensabile ma limitata vincolatività) "e non interferenza" (esorbitante *quoad effectum*) della Cassazione nel corso ancora aperto e vivo del giudizio di merito.

In conclusione: la Cassazione, a differenza della Consulta e della Corte di Giustizia, ha tutti i ferri del mestiere per una piena verifica di rilevanza della questione pregiudiziale, ma può adoperarli (e pur sempre senza alterare il quadro fattuale rappresentato dal giudice *a quo*) solo per le necessarie riparazioni al procedimento pregiudiziale, e cioè per dichiarare se del caso la inammissibilità del rinvio o anche "aggiustare" il quesito in modo che risulti davvero rilevante; non invece per manovrare *ex ante* in modo vincolante — l'orientamento *de facto* è altra cosa — la macchina del giudizio di merito.

5. Appartengono a questo medesimo adeguato approccio di *finium regundorum* altri due assunti.

Uno è speculare: la valutazione di rilevanza, esplicitamente o implicitamente compiuta dalla Cassazione in sede di procedimento pregiudiziale, non vincola *de iure* il giudice *a quo* sì da impedirgli un ripensamento, nel senso della irrilevanza della *quaestio* già rinviata e risolta, non solo ed ovviamente a motivo di sopravvenienze istruttorie o normative ma anche a motivo di una nuova e diversa ricostruzione del quadro giuridico complessivo della controversia, questioni pregiudiziali e preliminari comprese. Anche questo as-

sunto (che è poi quello stesso che deve *a fortiori* confermarsi anche quando torna indietro al giudice *a quo* una pronuncia perfino di accoglimento della Consulta) si basa, normativamente, sulla assenza di indicazioni contrarie desumibili dall'art. 363-*bis* che limita l'effetto vincolante al principio di diritto fissato dalla Cassazione e non lo estende certo ai presupposti logici della sua fissazione (non stiamo scorrendo di un giudicato, ed il cd. "giudicato in punto di diritto" copre precisamente e solo quel punto di diritto); e d'altro lato si basa sulla assenza di una qualsivoglia *Selbstbindung* ricostruibile in termini sistematici, visto che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale non è una sentenza non definitiva e per essa vale comunque — di là dalla sua revocabilità, visto che non è "dichiarata espressamente" non impugnabile "dalla legge" ⁽¹⁵⁾ — il principio apicale ed assorbente di cui all'articolo. 177, comma primo, c.p.c. (una cosa infatti è la eventuale revocabilità e modificabilità delle disposizioni della ordinanza, altra cosa è che in ogni caso la sua motivazione non può mai pregiudicare la decisione della causa).

Il secondo assunto contraddice — ma lo ritengo inevitabile — un passaggio (incidentale e rimasto a quel che ne so isolato) del decreto della Prima presidente 23 settembre 2023, R.G. n. 15340/2023, riportato anche dalla pronuncia ora commentata: quello secondo cui la valutazione della rilevanza della questione ad opera della Corte non sarebbe esente dalla verifica di «una ragione più liquida, che consenta di decidere la controversia a prescindere dalla questione di diritto controversa». Posto che fra autentica, e non sempre affermabile con sicurezza, pregiudizialità logica di una questione rispetto ad altra ed invece la sua scelta in ragione della maggiore liquidità sono non raramente riscontrabili, nella esperienza giudiziaria concreta, confusioni e zone grigie, una linea di confine concettuale vi è ed è chiara. E questa linea è anche uno dei limiti che la Cassazione incontra nella verifica di irrilevanza del rinvio pregiudiziale contrapposta a quella di sua rilevanza già compiuta dal giudice di merito. Perché la scelta del se e di quale "ragione più

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 966-967.

liquida” avvalersi o non avvalersi per la definizione del giudizio è scelta discrezionale del giudice di merito. E che essa sia in circoscritti casi sindacabile in sede impugnatoria non può significare che lo sia sempre ed *ex ante* nell’isolato e preventivo ambito del procedimento pregiudiziale a giudizio di merito ancora vivo e aperto. La Cassazione è la Cassazione, ma non esageriamo. Lo scritto, commentando una recente pronuncia della Cassazione, si occupa dei rapporti fra Primo presidente, Collegio della Corte e giudice a quo quanto alla verifica di rilevanza della questione interpretativa pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* E ciò con particolare riguardo alla ipotesi di irrilevanza dovuta alla soluzione da parte della Cassazione di altra questione pregiudiziale di rito (ed alla non vincolatività formale di tale soluzione ai fini del giudizio *a quo*); nonché alla (ritenuta dall’A.) impossibilità che la Cassazione dica invece irrilevante il quesito pregiudiziale interpretativo a motivo della decidibilità della controversia in base a questione “più liquida”.

ANTONIO BRIGUGLIO

ABSTRACT: Lo scritto, commentando una recente pronuncia della Cassazione, si occupa dei rapporti fra Primo presidente, Collegio della Corte e giudice a quo quanto alla verifica di rilevanza della questione interpretativa pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* E ciò con particolare riguardo alla ipotesi di irrilevanza dovuta alla soluzione da parte della Cassazione di altra questione pregiudiziale di rito (ed alla non vincolatività formale di tale soluzione ai fini del giudizio *a quo*); nonché alla (ritenuta dall’A.) impossibilità che la Cassazione dica invece irrilevante il quesito pregiudiziale interpretativo a motivo della decidibilità della controversia in base a questione “più liquida”.

ABSTRACT: *This paper, through a commentary on a recent ruling of the Supreme Court of Cassation, examines the relationship between the First President, the Court’s Panel, and the a quo judge concerning the assessment of the relevance of a prejudicial interpretive question pursuant to Article 363-bis of the Italian Code of Civil Procedure. This analysis focuses specifically on the hypothesis of irrelevance arising from the Court’s prior resolution of another procedural prejudicial question (and the non-binding nature of such a resolution for the proceedings before the a quo judge). Furthermore, it addresses the Author’s contention that it is impermissible for the Court of Cassation to deem a prejudicial interpretive question irrelevant on the grounds that the dispute can be decided based on an issue that is “più liquida” (i.e., more straightforward to resolve).*

Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 20 novembre 2024,

n. 16

Pres. L. Maruotti - Est. R. De Nictolis

L'art. 105, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se dichiara la nullità della sentenza, si applica anche quando la sentenza appellata abbia dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado, errando palesemente nell'escludere la legittimazione o l'interesse del ricorrente (1).

(1) Erronea decisione d'inammissibilità e rinvio al primo giudice per nullità della sentenza.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La questione rimessa all'Adunanza Plenaria. — 3. La decisione dell'Adunanza Plenaria. — 4. Erronea pronuncia d'inammissibilità e nullità. — 5. (segue) Nullità e omesso esame (della totalità) dei motivi di ricorso. — 6. Erronea pronuncia d'inammissibilità e lesione del diritto di difesa. — 7. Erronea decisione d'inammissibilità e diniego di giurisdizione. — 8. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Con la decisione n. 16 del 2024 ⁽¹⁾, l'Adunanza Plenaria è tornata a occuparsi della disciplina sulla rimessione al primo giudice prevista dall'articolo 105 c.p.a. La questione attualmente riproposta richiede di chiarire se, a fronte di un'erronea sentenza d'inammissibilità del ricorso, il giudice di appello debba rinviare

⁽¹⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2024, n. 16, in *Foro it.*, 4/2025, col. 133, con nota di A. TRAVI.

la causa al primo giudice ovvero trattenerla per la decisione nel merito. Nel 2018 l'Adunanza Plenaria ha escluso che le erronee sentenze d'inammissibilità diano luogo a rinvio, sul presupposto che l'errore in rito sulle condizioni dell'azione non sia riconducibile a nessuna delle cause di rimessione previste dall'articolo 105 c.p.a. ⁽²⁾. Il nuovo intervento dell'Adunanza Plenaria offre una soluzione parzialmente diversa, affermando che la causa debba essere rinviata nei casi in cui la pronuncia d'inammissibilità sia nulla per difetto di motivazione e non abbia esaminato la totalità dei motivi di ricorso.

La soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria si segnala sotto più profili.

In primo luogo, valorizza la rilevanza costituzionale del doppio grado nel sistema di giustizia amministrativa. In secondo luogo, inquadra la questione nella causa di rimessione della nullità della sentenza e non in quella della violazione del diritto di difesa. In terzo luogo, afferma l'obbligo di rinvio soltanto al cospetto delle erronee sentenze d'inammissibilità nulle. Ciascuno di questi aspetti verrà più a fondo esaminato nel proseguo, non prima di aver meglio inquadrato i termini della questione e illustrato il percorso argomentativo della pronuncia.

2. La questione rimessa all'Adunanza Plenaria.

La vicenda all'attenzione dell'Adunanza Plenaria origina dal ricorso al T.A.R. Sicilia per l'annullamento dei provvedimenti che autorizzano la realizzazione e l'esercizio di un impianto di distribuzione carburanti. Il ricorso veniva proposto dal proprietario di un immobile prospiciente al sito, in ragione del pregiudizio che l'esercizio dell'impianto gli avrebbe arrecato. Il T.A.R. dichiarava inammissibile il ricorso per difetto d'interesse, assumendo l'insussistenza in capo al ricorrente di una situazione giuridica

⁽²⁾ Cons. Stato., Ad. Plen., 30 luglio 2018 n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato., Ad. Plen., 30 luglio 2018 n. 11, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato., Ad. Plen., 28 settembre 2018, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it.

differenziata e giuridicamente rilevante. Il ricorrente appellava la decisione innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, che, in riforma della sentenza di primo grado, affermava la sussistenza in capo all'appellante dell'interesse a ricorrere. Tuttavia, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana riteneva necessario reinvestire l'Adunanza Plenaria di una questione su cui già in passato si era pronunciata, e cioè se, a fronte di un'erronea sentenza d'inammissibilità, il giudice di appello sia tenuto a rinviare la causa al primo giudice o debba decidere nel merito la lite.

Nel rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana muove dal principio del doppio grado di giudizio, osservando come, nel sistema della giustizia amministrativa, tale principio abbia copertura costituzionale e debba intendersi «generalizzato», seppur «con specifico riferimento alle controversie concernenti materie devolute in primo grado ai Tribunali Amministrativi Regionali, in ordine alle quali — dunque — deve sempre essere assicurato un secondo grado di giudizio» ⁽³⁾. In virtù del principio del doppio grado, le questioni per le quali i Tribunali amministrativi regionali sono competenti «devono essere inderogabilmente trattate in primo luogo dai predetti Tribunali in quanto giudici naturali precostituiti per legge» e non possono «essere decise in unico grado — quasi *per saltum* — direttamente dal giudice d'appello» ⁽⁴⁾. Conseguentemente, quando il primo giudice abbia erroneamente dichiarato inammissibile il ricorso, la «mancata trattazione del merito della causa» causerebbe al ricorrente un'ingiusta lesione del «diritto di difesa (sub specie della violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato)» ⁽⁵⁾. La lesione diven-

⁽³⁾ Cons. Giust. amm. Sic., 16 agosto 2024, n. 652, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴⁾ In altri termini, la decisione rimarca che «in tutti i casi in cui i Tribunali Amministrativi Regionali siano ordinariamente competenti — *ex lege* — a decidere in primo grado, tale “giudizio di base” non può essere pretermesso (o “saltato”)».

⁽⁵⁾ Così, sempre Cons. Giust. amm. Sic., n. 652/2024, cit.

terebbe ancor più grave se la causa fosse decisa nel merito direttamente in appello, in quanto la parte si vedrebbe privata «di un grado di giudizio» e, dunque, della possibilità di criticare «la valutazione sul merito della questione operata in quello che diventerebbe l'unico grado del giudizio in cui vi sia stata una cognizione sul merito della vicenda dedotta in giudizio» (6).

Così, la perpetrata lesione del diritto di difesa imporrebbe al giudice di appello di rinviare la causa al primo giudice, considerato che tra le cause di rimessione previste dall'articolo 105 c.p.a. è espressamente inclusa la lesione del diritto di difesa (7). Tuttavia, nella ricostruzione del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, la lesione del diritto di difesa non verrebbe a determinarsi ogniqualvolta il giudice di appello rilevi l'erroneità della sentenza in rito, ma soltanto nelle ipotesi in cui «la declinatoria in rito sia stata resa in primo grado senza alcuno scrutinio effettivo sul merito della vicenda proposta», ossia quando il T.A.R. si sia limitato a «dichiarare *ex ante* il ricorso integralmente inammissibile per difetto di interesse, senza alcun esame dei motivi dedotti (come appunto avvenuto nel caso di specie)». Pertanto, solo in queste ipotesi il giudice di appello dovrebbe rinviare la causa al primo giudice (8). Viceversa, nelle ipotesi in cui il T.A.R. abbia dichiarato l'inammissibilità del ricorso in esito all'esame e allo scrutinio di tutti o alcuni dei motivi di gravame,

(6) Cons. Giust. Amm. Sic., n. 652/2024, cit.

(7) Come noto, l'articolo 105 c.p.a. prevede che «Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio».

(8) Per la ricostruzione esaminata, occorre, infatti, distinguere due ipotesi: «i) quella in cui il T.a.r. si limita a dichiarare *ex ante* il ricorso integralmente inammissibile per difetto di interesse, senza alcun esame dei motivi dedotti (come appunto avvenuto nel caso di specie); ii) la diversa ipotesi in cui il T.A.R. dichiara solo in parte inammissibile il ricorso, limitatamente a certi motivi ed all'esito del loro scrutinio (...) In questo secondo caso la declaratoria di inammissibilità del motivo di ricorso giunge comunque all'esito di uno scrutinio nel merito, da parte del T.A.R., delle censure dedotte dal ricorrente, con la conseguenza che, in caso di riforma in appello della statuizione in rito, la questione dovrà essere trattenuta dal giudice di secondo grado, senza rinvio al primo giudice (...)».

non verrebbe a determinarsi alcuna lesione del diritto di difesa e il giudice di appello sarebbe tenuto a trattenere la causa senza rimetterla al primo giudice ⁽⁹⁾. È, dunque, in base a queste considerazioni che il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana investe l'Adunanza Plenaria del seguente quesito di diritto: «se l'annullamento della sentenza di inammissibilità (o di improcedibilità) del ricorso, disvelando che l'omessa trattazione del merito della causa in primo grado ha determinato una ingiusta compressione e dunque una "lesione del diritto di difesa" del ricorrente — lesione che verrebbe ulteriormente perpetrata, per la sottrazione alla sua disponibilità di un grado di giudizio, ove la causa fosse trattata (nel merito) direttamente dal giudice d'appello — non determini la necessità di rimettere la causa, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., al giudice di primo grado: e ciò, quantomeno, allorché la declaratoria di inammissibilità (o di improcedibilità) del ricorso, nella sua interezza, sia avvenuta *ex ante* e a prescindere dall'esame, seppur parziale, dei motivi dedotti dalla parte (...)» ⁽¹⁰⁾.

Riassumendo, le ragioni della rimessione sono tutte incentrate sulla presunta lesione del diritto di difesa: l'erronea decisione

⁽⁹⁾ «Diversamente è a dirsi invece nei casi in cui la pronuncia in rito di inammissibilità (o di improcedibilità) del ricorso precede ogni altro scrutinio e prescinde quindi dall'esame del contenuto dei motivi dedotti, come appunto verificatosi nel caso di specie, dovendosi quindi — e solo in questi casi — rinviare la causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a. per lesione del diritto di difesa della parte» (Cons. Giust. amm. Sic., n. 652/2024, cit.)

⁽¹⁰⁾ Con sentenza non definitiva 21 febbraio 2025, n. 1483, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il Consiglio di Stato, Sez. VI, ha deferito all'Adunanza Plenaria la stessa questione in ordine alle erronee decisioni di improcedibilità e irricevibilità del ricorso; più esattamente, ha chiesto se «l'art. 105, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se dichiara la nullità della sentenza, si applichi anche quando la sentenza appellata abbia dichiarato improcedibile il ricorso di primo grado errando palesemente nell'escludere la permanenza dell'interesse del ricorrente» e «se l'art. 105, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se dichiara la nullità della sentenza, si applichi anche quando la sentenza appellata abbia dichiarato irricevibile il ricorso di primo grado errando palesemente» (con riferimento a questa seconda questione, la Sezione ha richiesto all'Adunanza Plenaria una pronuncia nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a.).

d'inammissibilità del ricorso verrebbe a pregiudicare il diritto di difesa della parte precludendole la possibilità di ottenere una pronuncia di merito; a fronte di un'erronea sentenza d'inammissibilità, il mancato rinvio della causa al primo giudice priverebbe la parte di un doppio grado di giudizio, poiché la decisione di merito sarebbe di fatto resa in un unico grado e non suscettibile di essere appellata.

Si tratta di ragioni che, in passato, erano già state prospettate da alcune pronunce del giudice amministrativo, senza però incontrare l'adesione dell'Adunanza Plenaria ⁽¹¹⁾. Come noto, infatti, nel 2018 l'Adunanza Plenaria ha escluso che l'erronea decisione d'inammissibilità produca una lesione del diritto di difesa e che pertanto la causa debba essere rinviata al primo giudice ⁽¹²⁾. Per l'Adunanza Plenaria, l'errore del giudice nel dichiarare inammissibile il ricorso non integrerebbe un vizio del procedimento, unico a rilevare per un'ipotetica lesione del diritto di difesa, ma soltanto un vizio della decisione che, in conformità alla natura devolutiva dell'appello, non precluderebbe al Consiglio di Stato di decidere nel merito la controversia ⁽¹³⁾. Inoltre, la decisione

⁽¹¹⁾ È bene ricordare che, nel periodo 2017- 2018, alcune pronunce del Consiglio di Stato già avevano evidenziato come l'erronea decisione d'inammissibilità del ricorso integrasse una lesione del diritto di difesa rilevante agli effetti dell'articolo 105 c.p.a. In estrema sintesi, si argomentava che l'errore del primo giudice avrebbe compromesso il "diritto ad una decisione nel merito", inquadrabile nel più ampio diritto di difesa, e che il mancato rinvio avrebbe privato la parte di un doppio grado di giudizio, in quanto il merito della controversia sarebbe stato deciso in unico grado direttamente dal giudice di appello, senza possibilità di appellare la decisione così adottata (cfr. C. Giust. amm. Sic., 1 marzo 2018 n. 123, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Giust. amm. Sic., 24 gennaio 2018 n. 33, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. IV, 31 luglio 2017 n. 3809, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. giust. amm. Sic., 17 aprile 2018 n. 223, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. IV, 5 aprile 2018 n. 2122, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. III, (ord.) 24 aprile 2018 n. 2472, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁽¹²⁾ Già Cons. Stato, Ad. Plen., 4 luglio 1978 n. 18 aveva escluso che le erronee decisioni d'inammissibilità, irricevibilità e improcedibilità potessero determinare il rinvio della causa al primo giudice, sul presupposto che l'errore sull'ammissibilità, ricevibilità o procedibilità del ricorso investirebbe «soltanto il contenuto della pronunzia impugnata e non il processo che ha condotto alla sua emanazione», risolvendosi «in un vizio del contenuto della prima decisione e non in un difetto di procedura o in un vizio di forma della decisione medesima».

⁽¹³⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 10 e 11 del 2018, cit.; per un commento alle decisioni della Plenaria, M.A. SANDULLI, *Il Consiglio di Stato è giudice in unico grado sulle*

della controversia direttamente in appello non contrasterebbe con il principio del doppio grado, in quanto tale principio non imporrebbe un esame del merito in ciascun grado di giudizio, ma soltanto la garanzia che la parte possa richiedere la revisione della pronuncia di primo grado ⁽¹⁴⁾.

Netto è il contrasto tra le ragioni sottese all'attuale rimessione e le posizioni espresse nel 2018 dall'Adunanza Plenaria: sia per quanto riguarda la concezione del diritto di difesa; sia per quanto riguarda l'esatto significato del doppio grado di giudizio.

3. La decisione dell'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria afferma che, al contrario di quanto prospettato dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, la questione non può risolversi in base al diritto di difesa

domande declinate o pretermesse dal TAR. La Plenaria definisce i confini del rinvio al primo giudice e stigmatizza la motivazione apparente delle sentenze, in *Federalismi.it*, 2018; A. CASSATELLA, *La Plenaria limita i casi di rinvio al giudice di primo grado*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 207 ss.; A. TRAVI, nota a Cons. St., Ad. Plen., decisioni nn. 10, 14 e 15 del 2018, in *Foro it.*, 11/2018, 584 ss.; A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato. Brevi note a margine dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 616 ss.; M. LIPARI, *Per una corsa della giustizia amministrativa senza scorciatoie. La decisione processuale di primo grado ingiusta tra rinvio al TAR ex art. 105 del cpa e tutela del diritto all'effettivo doppio grado di giudizio*, in *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, cit., 397 ss.; Id., *Annullamento con o senza rinvio al TAR*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2019*, Roma, 2019, 674 ss.; E. ZAMPETTI, *Riflessioni a margine delle decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 10, 11 e 15 del 2018 in tema di annullamento con rinvio*, in *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, cit., 427 ss.; F. FRANCARIO, *Quattro sentenze per (non) chiarire un principio. Conclusioni di un Convegno sul valore dell'omessa pronuncia e dintorni*, in *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, cit., 433 ss.

⁽¹⁴⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10 del 2018, cit., secondo cui, a fronte di un'erronea sentenza di irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, la decisione nel merito da parte del giudice di appello non determinerebbe «alcuna violazione del principio del doppio grado», in quanto tale principio non implicherebbe che «il merito debba essere sempre esaminato in ciascun grado, conformemente alla natura devolutiva del mezzo d'appello». La pronuncia diretta del giudice di appello sarebbe pienamente giustificata dalla previsione recata nell'articolo 101, comma 2, c.p.a. che, nel sancire l'onere di riproposizione delle domande non esaminate o dichiarate assorbite, confermerebbe come il «mancato esame di una domanda (o il suo erroneo assorbimento) non possa mai determinare un'ipotesi di annullamento con rinvio», atteso che, altrimenti, «detto onere di riproposizione non avrebbe alcuna giustificazione» (cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 11 e 15/2018, cit.).

e che, pertanto, non occorre approfondire se l'erronea decisione d'inammissibilità determini una lesione del diritto di difesa. Piuttosto, secondo l'Adunanza Plenaria, l'erronea dichiarazione d'inammissibilità potrebbe determinare la «nullità della sentenza» per difetto assoluto di motivazione, nelle specifiche ipotesi in cui «la statuizione d'inammissibilità si basi su una motivazione tautologica o sia frutto di un errore palese, in fatto o in diritto, che abbia per conseguenza il mancato esame della totalità dei motivi di ricorso». Per contro, non sarebbero nulle per difetto assoluto di motivazione le decisioni d'inammissibilità che, seppur erranee, si basino su «una motivazione adeguata e ragionevole coerente con i principi processuali, che tenga conto dei fatti di causa e delle censure dedotte in relazione alla lesione prospettata», dal momento che in questi casi sarebbe comprensibile «in modo chiaro in fatto e in diritto l'effettiva sussistenza della ragione giuridica, posta a base della declaratoria di inammissibilità». In conformità a quanto previsto dall'articolo 105 c.p.a., darebbero, quindi, luogo a rinvio per «nullità della sentenza» soltanto le decisioni che abbiano erroneamente dichiarato l'inammissibilità senza tenere in adeguata considerazione i motivi di ricorso o la situazione fattuale, basandosi su un errore palese o su una motivazione meramente apparente. In altri termini, il rinvio opererebbe solo al cospetto di quelle decisioni che abbiano statuito in rito senza esaminare il c.d. “merito processuale” che, nella ricostruzione della Plenaria, si identifica sia nei “fatti processuali” che nei “motivi di ricorso” ⁽¹⁵⁾.

(15) Secondo l'Adunanza Plenaria “della nozione di «merito processuale» possono darsi diverse accezioni, come «fatti processuali» o come «motivi di ricorso», esaminati nella sostanza, in contrapposizione ad una pronuncia di «rito» che non esamina il «merito». In base a questa duplice accezione di “merito processuale”, viene in considerazione la seguente casistica: «(a) decisioni di inammissibilità, che hanno omesso l'esame del merito inteso come fatti di causa, ossia decisioni che non prendono in considerazione la specifica situazione fattuale (ad es., nelle controversie in materia edilizia, la concreta ubicazione del bene di proprietà del ricorrente ai fini della verifica della *vicinitas*, della legittimazione e dell'interesse al ricorso, le concrete caratteristiche dell'immobile costruendo); (b) decisioni di inammissibilità, che non esaminano il merito inteso come motivi di ricorso; (c) decisioni con doppia motivazione, in rito e in merito, che, pur dichiarando

Secondo l'Adunanza Plenaria, la soluzione in esame garantirebbe alle erronee decisioni d'inammissibilità lo stesso trattamento che l'articolo 105 c.p.a. riserva alle decisioni che erroneamente declinano la giurisdizione o la competenza, ovvero a quelle che dichiarano erroneamente l'estinzione o la perenzione del giudizio. Così, tutti gli errori che abbiano «per conseguenza il mancato esame della totalità dei motivi di ricorso» determinerebbero la regressione al primo giudice, evitando discriminazioni tra le diverse tipologie di decisione in rito ⁽¹⁶⁾. La soluzione sarebbe anche rispettosa del principio del doppio grado, in base al quale se, da un lato, la decisione del T.A.R. deve poter essere appellata; dall'altro, la causa deve essere «esaminata nel merito in primo grado, in presenza dei relativi presupposti e sulla base dei principi del giusto processo e di effettività della tutela» ⁽¹⁷⁾.

inammissibile un ricorso, esaminano “comunque” i motivi di ricorso; (d) decisioni di inammissibilità in cui la declaratoria di inammissibilità è il risultato di una disamina di tutti o di alcuni motivi di ricorso» (...) «la prima e la seconda ipotesi sopra delineate danno luogo ad una pronuncia di annullamento con rinvio, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., in ragione della nullità della sentenza per motivazione apparente, come già rilevato dalle sentenze del 2018 dell'Adunanza Plenaria, o in ragione di un errore palese di rito che ha per conseguenza il mancato esame della totalità dei motivi di ricorso. Nella terza e quarta ipotesi sopra delineate, vi è stato comunque un esame dei motivi di ricorso, che, anche se solo parziale, non giustifica un annullamento con rinvio, in ragione dell'effetto devolutivo dell'appello, come si desume anche dall'art. 101, comma 2, c.p.a.».

⁽¹⁶⁾ Più esattamente, la ricostruzione in esame consentirebbe di rendere coerenti tra loro le diverse fattispecie disciplinate dall'articolo 105 c.p.a. «in quanto sia nel caso della nullità della sentenza (per palese errore di giudizio sulle condizioni dell'azione) che in quelli di erronea declinatoria di giurisdizione o competenza, erronea estinzione o perenzione, viene in rilievo non qualsivoglia errore di giudizio, ma quell'errore di giudizio che ha per conseguenza il mancato esame della totalità dei motivi di ricorso» e, al contempo, consentirebbe di «evitare disparità di trattamento tra i casi di riforma di erronee decisioni di rito dell'art. 35, comma 2, c.p.a. (che impongono l'annullamento con rinvio) e i casi di riforma di erronee decisioni di rito dell'art. 35, comma 1, c.p.a., non espressamente richiamati dall'art. 105 c.p.a., non risultando ragionevole il trattamento differenziato di chi subisce un'erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso e di chi subisce un'erronea dichiarazione di estinzione del giudizio».

⁽¹⁷⁾ Tuttavia, pur riconoscendo la rilevanza costituzionale del principio per il sistema di giustizia amministrativa, l'Adunanza Plenaria ribadisce come di per sé esso non implichi il «diritto a un pieno esame della causa nel merito in due gradi», ma che, nel bilanciamento tra le esigenze del giusto processo e della sua ragionevole durata, spetti al legislatore ordinario la «mediazione tra il modello del doppio grado di merito pieno — in

Così, il descritto percorso argomentativo conduce l'Adunanza Plenaria ad affermare il seguente principio di diritto, con specifico riferimento alle sentenze d'inammissibilità⁽¹⁸⁾: «l'art. 105, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se dichiara la nullità della sentenza, si applica anche quando la sentenza appellata abbia dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado, errando palesemente nell'escludere la legittimazione o l'interesse del ricorrente».

4. Erronea pronuncia d'inammissibilità e nullità.

Nella ricostruzione dell'Adunanza Plenaria, il giudice di appello dovrebbe rinviare solo al cospetto di decisioni d'inammissibilità nulle perché basate su una «motivazione tautologica» o perché frutto di un «errore palese» che abbia per conseguenza «il mancato esame della totalità dei motivi di ricorso». La nullità per difetto assoluto di motivazione è il frutto di un orientamento giurisprudenziale consolidato che ha individuato l'ipotesi nei casi di «mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico» e di «contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili», ovvero nei casi di motivazione «meramente assertiva, tautologica, apodittica, oppure obiettivamente incomprensibile»⁽¹⁹⁾. Secon-

cui tutti i motivi e tutte le questioni sono esaminati in due gradi — e l'evenienza pratica di un primo grado di mero rito, seguito da un unico grado di merito pieno in fase di appello», nonché, per le ipotesi di erronee pronunce in rito, l'individuazione di un «modello intermedio tra un appello sempre cassatorio e un appello con effetto devolutivo pieno».

⁽¹⁸⁾ Invero, il quesito posto riguardava anche le sentenze di improcedibilità, ma l'Adunanza Plenaria circoscrive il principio di diritto alle sentenze d'inammissibilità, rilevando che «il caso concreto riguarda una pronuncia di inammissibilità del ricorso da parte del T.A.R. per difetto di legittimazione e interesse ad agire, e non anche un caso di erronea improcedibilità del ricorso».

⁽¹⁹⁾ Così, Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 10 e 11 del 2018, cit. Più precisamente, per il richiamato orientamento, «la motivazione è apparente quando sussistono anomalie argomentative di gravità tale da porre la motivazione al di sotto del “minimo costituzionale” che si ricava dall'art. 111, comma 5, Cost.(...), con la conseguenza che «dà luogo a nullità della sentenza solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé», essendo invece del tutto irrilevante ai fini della nullità il «semplice difetto di “sufficienza” della

do tale orientamento, possono essere nulle per difetto assoluto di motivazione sia le sentenze di rito che le sentenze di merito ⁽²⁰⁾. L'unica differenza è che, per le prime, il vizio si annida in una statuizione di rito; per le seconde in una statuizione di merito. Perché una decisione di rito sia nulla per difetto assoluto di motivazione è, dunque, sufficiente che la sua motivazione presenti le gravi anomalie di cui si è detto. Nonostante il consolidato orientamento abbia delimitato tali anomalie chiaramente e restrittivamente, talvolta alcune pronunce assumono posizioni meno certe e definite, correlando la nullità anche a vizi motivazionali ordinari, o quantomeno non così gravi come quelli che dovrebbero dar luogo al difetto assoluto di motivazione ⁽²¹⁾. Ma, in generale, cosa debba intendersi per difetto assoluto di motivazione non sembra presentare particolari problemi. Pertanto, il rinvio a fronte di una sentenza in rito nulla per difetto di motivazione non rappresenta certo una novità della sentenza in commento, ma è conclusione già pacificamente desumibile dal pregresso contesto giurisprudenziale.

Le cose potrebbero essere diverse per la nullità frutto di un «errore palese» che abbia determinato il mancato esame dei motivi di ricorso. Nella parte motiva della sentenza, l'ipotesi sembra distinta dall'altra della motivazione tautologica, come confermerebbe questo passaggio: «qualora la statuizione di inammissibilità si basi su una motivazione tautologica o sia frutto di un errore palese, in fatto o in diritto, che abbia per conseguenza il man-

motivazione»; sul tema, G. STRAZZA, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, a cura di M.A. SANDULLI, Napoli, 2024, 533 ss.⁶

⁽²⁰⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2018, cit.: «in quest'ottica va precisato che la nullità della sentenza per difetto assoluto di motivazione riguarda non solo le sentenze di rito (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità), ma anche quelle che recano un dispositivo di merito (accoglimento o rigetto del ricorso) non sorretto da una reale motivazione. Rispetto al difetto assoluto di motivazione, invero, la nullità della sentenza prescinde dalla differenza tra pronunce di rito e pronunce di merito».

⁽²¹⁾ M. MAGRI - E. ZAMPETTI, *Motivazione "apparente" della sentenza e controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa (nota a Consiglio di Stato, Sezione III, 16 novembre 2023, n. 9824)*, in *Giustizia Insieme*, 2/2024, 163 ss.

cato esame della totalità dei motivi di ricorso». Tuttavia, nella formulazione del principio di diritto, la motivazione tautologica non viene più richiamata e ad essere evocato è soltanto l'errore palese: «l'art. 105, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se dichiara la nullità della sentenza, si applica anche quando la sentenza appellata abbia dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado, errando palesemente nell'escludere la legittimazione o l'interesse del ricorrente». Al di là di questa distonia, è un dato di fatto che, nel riferirsi all'"errore palese", l'Adunanza Plenaria non offra alcuna qualificazione dell'errore, se non quella scontata che esso debba riguardare le condizioni dell'azione, e non spieghi altrimenti in cosa consisterebbe il suo carattere "palese". Né si ricevono maggiori indicazioni dalla circostanza che, per integrare la nullità, l'errore palese debba avere come conseguenza il mancato esame dei motivi di ricorso. In realtà, non sembra esserci alcuna correlazione tra palesità dell'errore e mancato esame dei motivi del ricorso, dal momento che anche un errore non palese, se cade sulle condizioni dell'azione, può determinare il mancato esame dei motivi di ricorso. In assenza di più precise indicazioni, il concetto di errore palese appare inadeguato a definire con chiarezza un'ipotesi di nullità per difetto assoluto di motivazione. Impiegando il concetto, la categoria della nullità sarebbe sistematicamente esposta alle diverse interpretazioni della giurisprudenza, propensa oggi a qualificare "palese" un certo errore, domani a non ritenerlo più tale. A pagare il prezzo sarebbe la certezza del diritto e, più precisamente, la certezza di regole processuali direttamente correlate alla garanzia costituzionale del diritto di azione e di difesa.

La difficoltà di definire il concetto di errore palese suggerisce, dunque, di eliminare ogni supposta autonomia tra errore palese e motivazione tautologica. In questa prospettiva, errore palese e motivazione tautologica risultano tra loro strettamente correlati, nel senso che il primo indica l'errore che caratterizza e sostanzia la motivazione tautologica. In quanto annidato in una decisione

in rito, l'errore impedisce pur sempre l'esame dei motivi di ricorso, ma la "palesità" risiederebbe nella sua idoneità ad integrare gli elementi di una motivazione tautologica o apparente. Così, la nullità si qualificherebbe in base al concetto più chiaro e definito di motivazione tautologica o apparente, preservando almeno in parte quella certezza che deve contraddistinguere la disciplina processuale. Al contempo, risulterebbero identificabili gli errori non palesi ma comunque di ostacolo all'esame dei motivi di ricorso, che, a questo punto, sarebbero quegli errori non così gravi da rivelare una motivazione tautologica o apparente.

5. (segue) Nullità e omesso esame (della totalità) dei motivi di ricorso.

Nella ricostruzione dell'Adunanza Plenaria il rinvio è comunque condizionato dal mancato esame della totalità dei motivi di ricorso, sicché la rimessione andrebbe disposta solo quando la riforma investa una sentenza d'inammissibilità nulla che non abbia esaminato la totalità dei motivi di ricorso. L'espressione «mancato esame della totalità dei motivi di ricorso» richiede alcuni chiarimenti in ordine al suo esatto significato.

Di primo impatto, il mancato esame dei motivi di ricorso sembrerebbe significare mancata verifica della legittimità del provvedimento impugnato in base alle censure dedotte nel ricorso, considerato che l'oggetto del giudizio amministrativo, al quale è strettamente correlata la nozione di merito, viene tradizionalmente identificato nella verifica sulla legittimità del provvedimento in base ai motivi di ricorso ⁽²²⁾. Tuttavia, l'Adunanza Plenaria offre una nozione di

(22) Per una prospettiva che inquadra l'oggetto del processo amministrativo nella verifica sulla legittimità dell'esercizio del potere, R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, 1982, 207 ss., anche in R. VILLATA *Scritti di Giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 561 ss.; F. FRANCIARIO, *Note in tema di legittimazione e di qualificazione dell'interesse nel processo amministrativo*, in corso di pubblicazione su *Dir. e soc.*; già A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 52, rilevava che «il criterio di individuazione della giurisdizione (e dell'azione) d'impugnazione è un criterio composito, il quale si basa da un lato sul fatto che si controverta della validità di un atto

merito processuale che, accanto all'accezione di merito come "motivi di ricorso", ricomprende anche l'accezione di merito come "fatti processuali", lasciando così intendere che, per esame del merito, ci si debba riferire sia all'esame dei motivi di ricorso sia all'esame dei fatti di causa. Ciò viene ribadito in altro passaggio della sentenza dove si precisa che le decisioni d'inammissibilità rilevanti agli effetti della rimessione sono soltanto quelle che, a causa del vizio motivazionale, abbiano omesso l'esame del merito «inteso come fatti di causa» o abbiano omesso l'esame del merito «inteso come motivi di ricorso»; non anche quelle che abbiano esaminato «i motivi di ricorso» o quelle «in cui la declaratoria di inammissibilità è il risultato di una disamina di tutti o alcuni motivi di ricorso».

L'identificazione del merito processuale anche con i fatti di causa e non soltanto con i motivi di ricorso appare condivisibile, ove si ritenga che l'esame del fatto sia strumentale all'accertamento sulla legittimità, ossia che «attraverso il giudizio di merito il giudice, valutando le prove dedotte in giudizio, perviene al proprio convincimento sull'esistenza o meno dei fatti contestati dalle parti e statuisce in via definitiva sulla fondatezza delle loro pretese» ⁽²³⁾.

amministrativo (...), e dall'altro sul fatto che l'atto impugnato incida nella sfera degli interessi legittimi (...) o, nei pochi casi di giurisdizione esclusiva – anche di certi diritti soggettivi tassativamente identificabili»; come noto, in una diversa prospettiva, l'oggetto del processo amministrativo è stato variamente individuato nel rapporto tra amministrazione e ricorrente (A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962; M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc dir.*, Milano, 1970, 229 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; recentemente, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazione giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, passim e spec. 521 ss. individua nella situazione giuridica del privato, denominata in termini di pretesa, l'oggetto del giudizio amministrativo, rilevando come la sede naturale per l'accertamento di tale situazione giuridica sia il processo di condanna: «poiché la situazione giuridica del privato, afferente al suo interesse di natura sostanziale che si pone in rapporto con la situazione di potere dell'amministrazione, è stata rappresentata nei termini di una pretesa alla produzione o alla non produzione dell'effetto (quindi, all'utilità finale, come mediata dall'assunzione del comportamento), il processo di condanna rappresenta la sede naturale in cui tale situazione giuridica possa assurgere ad oggetto dell'accertamento».

⁽²³⁾ Così, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, Torino, 2013, 130.

L'aspetto più problematico concerne, invece, l'ambientazione della nozione tradizionale di merito nel contesto delle sentenze d'inammissibilità. Infatti, in relazione ad una sentenza d'inammissibilità, l'identificazione del merito con i motivi di ricorso non implica di norma un sindacato di legittimità del provvedimento impugnato, perché se così fosse la decisione non sarebbe una decisione di rito ma una vera e propria decisione di merito ⁽²⁴⁾. Piuttosto, nella generalità dei casi, l'esame dei motivi è strumentale ad accertare la sussistenza o meno della legittimazione ad agire o dell'interesse al ricorso. Per riprendere un esempio riportato dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana nella pronuncia di rimessione, si pensi al ricorso dichiarato inammissibile per violazione del divieto di *venire contra factum proprium*, qualora un ente pubblico abbia espresso parere favorevole in conferenza di servizi, ma abbia poi impugnato la relativa determinazione conclusiva per motivi che avrebbe potuto sollevare in sede procedimentale. È, pertanto, evidente che, se rapportata al contesto delle sentenze di rito, l'accezione di merito come "motivi di ricorso" differisce dalla nozione tradizionale incentrata sul sindacato di legittimità. Una sentenza che dichiara inammissibile il ricorso alla luce dei motivi dedotti non esprime alcuna valutazione in ordine alla legittimità del provvedimento, considerato che l'esame dei motivi serve piuttosto a sorreggere e giustificare la dichiarata inammissibilità. Detto in altri termini, una sentenza di rito che abbia esaminato i motivi di ricorso resta pur sempre una sentenza di rito perché si limita ad accertare un profilo processuale senza pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento o sulla fondatezza della pretesa. Lo stesso vale per una sentenza di rito che abbia esaminato la situazione fattuale.

Si può così osservare che la nozione di merito prospettata dall'Adunanza Plenaria viene impiegata per escludere dal campo della rimessione pronunce che sono pur sempre di rito e non di merito. Il che rende poco convincente la soluzione adottata,

⁽²⁴⁾ Cons. Giust. amm. Sic., n. 652/2024, cit.

in quanto restringe l'operatività del rinvio in base a classificazioni che non riflettono la reale differenza tra sentenze di merito e sentenze di rito e che comunque non giustificano distinzioni nell'ambito delle sentenze d'inammissibilità nulle per difetto di motivazione. La soluzione sembra così risolversi nell'ingiustificata esclusione dall'ambito del rinvio delle sentenze nulle che abbiano esaminato i motivi di ricorso o la specifica situazione fattuale. Il che sarebbe in contrasto con l'articolo 105 c.p.a. che, nel prevedere il rinvio nei casi di «nullità della sentenza», non opera alcuna distinzione nell'ambito delle sentenze nulle ⁽²⁵⁾. Ai fini del rinvio per nullità della sentenza, ciò che, infatti, dovrebbe unicamente rilevare è che la pronuncia sia affetta da un difetto assoluto di motivazione. Se il mancato esame della totalità dei motivi di ricorso può certamente essere un sintomo del vizio motivazionale, l'esame di uno o più di tali motivi non sembra necessariamente escludere il vizio, nemmeno se a causa del loro esame si pretenda di mutare la qualificazione da sentenza di rito a sentenza di merito. Pertanto, al fine di evitare differenti trattamenti processuali, l'obbligo di rinvio andrebbe affermato indistintamente per tutte le sentenze d'inammissibilità nulle e non soltanto per le sentenze d'inammissibilità nulle che non abbiano esaminato la totalità dei motivi di ricorso ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Va da sé che nessun contrasto vi sarebbe se si ritenesse che le sentenze d'inammissibilità siano nulle per difetto di motivazione solo se non abbiano esaminato la totalità dei motivi di ricorso. Ma non sembra che questa sia una strada percorribile perché non è da escludersi che una sentenza possa essere viziata per difetto di motivazione anche quando abbia esaminato i motivi di ricorso. In altri termini, il mancato esame dei motivi di ricorso non rappresenta un elemento costitutivo della nullità, a maggior ragione per le sentenze di rito. Altra cosa è constatare che, nella maggior parte dei casi, al vizio di motivazione della sentenza in rito si accompagna il mancato esame di tutti i motivi di ricorso. Ma l'argomento si limita a fotografare la realtà ed è pertanto privo di specifica rilevanza giuridica, quantomeno ai fini della categoria concettuale della nullità.

⁽²⁶⁾ Sotto questo profilo, si può osservare che il principio di diritto enunciato nella sentenza non reca alcun riferimento all'omesso esame dei motivi di ricorso, limitandosi ad affermare che «l'art. 105, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se dichiara la nullità della sentenza, si applica anche quando la sentenza appellata abbia dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado, errando palesemente nell'escludere la legittimazione o l'interesse del ricor-

L'unica distinzione che, nell'ambito delle sentenze di rito, potrebbe eventualmente giustificare un diverso trattamento processuale è quella tra sentenze di rito vere e proprie e sentenze di rito solo apparentemente processuali ⁽²⁷⁾. Mentre le prime si esauriscono in una pura e semplice statuizione processuale, le seconde si caratterizzano per un dispositivo processuale al quale si accompagna un giudizio su di una «questione di merito o logicamente pregiudiziale al merito» ⁽²⁸⁾. Ma è una distinzione che non sembra abbia nulla a che vedere con la distinzione prospettata dall'Adunanza Plenaria tra sentenze d'inammissibilità (nulle) che abbiano esaminato i motivi di ricorso o la situazione di fatto e sentenze d'inammissibilità (nulle) che non lo abbiano fatto. La sentenza in rito vera e propria si distingue dalla sentenza apparentemente processuale perché la prima è una decisione solo processuale mentre la seconda consuma anche apprezzamenti di merito. Viceversa, la distinzione evocata dall'Adunanza Plenaria è indifferente ai fini della qualificazione della sentenza come di rito o di merito, perché entrambe le tipologie di sentenze restano pur sempre sentenze esclusivamente processuali. Ciò che, semmai, rende problematica la classificazione delle sentenze apparentemente processuali è che il giudizio di merito che dovrebbe caratterizzarle viene spesso inteso come apprezzamento sulla situazione giuridica dedotta in giudizio, anche in assenza di una valutazione sulla legittimità

rente». Tale omissione appare irrilevante per l'individuazione della *regula iuris* affermata dall'Adunanza Plenaria, considerato che il principio di diritto va letto e inquadrato nel contesto complessivo della decisione, nel quale l'omesso esame dei motivi di ricorso assume una specifica rilevanza. Tuttavia, ove in ipotesi il principio di diritto fosse letto isolatamente rispetto al contesto della decisione, esso, così come formulato, potrebbe anche indurre a ritenere operante il rinvio al cospetto di tutte le sentenze di rito nulle per difetto di motivazione.

⁽²⁷⁾ Sulla distinzione in esame, v., in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 1995 n. 40, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 310 ss., con nota di F.G. SCOCA - L. GIANI, *Spunti sulle nozioni di interesse legittimo e giudicato amministrativo*, cit., 327 ss.

⁽²⁸⁾ Così. F. FRANCARIO, *Sentenza di rito e ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 78, anche in *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019, 139 ss.; cfr. anche C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 171 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 380.

del provvedimento ⁽²⁹⁾. Il rischio è, pertanto, che si confonda con l'accertamento che il giudice è chiamato a compiere in ordine alla legittimazione ad agire, considerato che nel processo amministrativo di norma la legittimazione ad agire coincide con la titolarità della situazione giuridica ⁽³⁰⁾. Il che rivela l'estrema cautela con cui deve essere impiegata la classificazione, almeno quando si ritenga d'identificare la legittimazione ad agire con la titolarità della situazione giuridica ⁽³¹⁾.

6. Erronea pronuncia d'inammissibilità e lesione del diritto di difesa.

Sin qui si è visto come, al di là di alcuni distinguo, l'obbligo di rinvio venga in sostanza affermato per le sole ipotesi in cui l'erronea sentenza d'inammissibilità sia nulla per difetto di motivazione. Sicché, non darebbero luogo a rimessione le erronee sentenze d'inammissibilità che non siano considerate nulle.

⁽²⁹⁾ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 380, che, con riferimento ad una sentenza dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione, rileva che la decisione «non avrebbe ad oggetto solo un fatto processuale, ma riguarderebbe anche l'insussistenza della posizione sostanziale dedotta in giudizio».

⁽³⁰⁾ In tema, F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, a cura di C. CUDIA, Torino, 2020, 45 ss.; che, nel processo amministrativo, la legittimazione ad agire si identifichi nella titolarità della situazione giuridica (a differenza del processo civile dove la legittimazione si identifica con la mera affermazione della situazione giuridica) è assunto largamente condiviso nella giurisprudenza: «nel processo amministrativo, la legittimazione ad agire in giudizio coincide con la titolarità di una posizione giuridica qualificata riconducibile ad un interesse legittimo o ad un diritto soggettivo che con il ricorso si intende tutelare» (Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2023 n. 5031).

⁽³¹⁾ Per il superamento della nozione classica di legittimazione come titolarità dell'interesse legittimo, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 182; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, II - 1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022, 37 ss. e in particolare 61, il quale, sul presupposto che oggetto dell'accertamento giurisdizionale sia la situazione giuridica del privato che si rapporta con il potere, identifica la legittimazione a ricorrere con l'«affermazione della titolarità della situazione in capo al soggetto, individuata in relazione all'astratta possibilità giuridica della situazione stessa»; V. CERULLI IRELLI - A. CARBONE, *Corso di giustizia amministrativa*, Torino, 2025, 150 ss.; L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2025, 152 ss.

Se avesse approfondito la questione nei termini individuati dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, l'Adunanza Plenaria avrebbe potuto adottare una diversa soluzione incentrata sulla lesione del diritto di difesa. Come si è già detto, nella prospettiva indicata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, l'erronea sentenza d'inammissibilità pregiudicherebbe il diritto di difesa impedendo alla parte di ottenere una pronuncia di merito. Inoltre, il mancato rinvio della causa a fronte di un'erronea pronuncia d'inammissibilità priverebbe la parte di un doppio grado di giudizio, poiché la decisione di merito sarebbe adottata in un unico grado dal giudice di appello.

Va subito chiarito che l'inquadramento dell'erronea decisione d'inammissibilità nella lesione del diritto di difesa sconta la resistenza di una concezione del diritto di difesa generalmente incentrata sulle garanzie difensive riconosciute alle parti nel processo. Secondo questa concezione, fatta propria anche dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze del 2018, il diritto di difesa potrebbe essere violato solo da vizi del procedimento lesivi di tali garanzie ⁽³²⁾. A titolo meramente esemplificativo, si pensi alla mancata concessione di un termine a difesa, alla definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie previste dall'art. 60 c.p.a.; alla violazione dell'art. 73 c.p.a. per aver il giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio e non prospettata alle parti; alla fissazione dell'udienza di merito nel periodo feriale; alla sentenza pronunciata senza che sia

⁽³²⁾ Secondo Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2018, cit., la lesione del diritto di difesa si riferirebbe alle ipotesi di «un vizio (non genetico ma) funzionale del contraddittorio, che si traduce nella menomazione dei diritti di difesa di una parte che ha, tuttavia, preso parte al giudizio, perché nei suoi confronti il contraddittorio iniziale è stato regolarmente instaurato, ma, successivamente, nel corso dello svolgimento del giudizio, è stata privata di alcune necessarie garanzie difensive»; conseguentemente, le ipotesi di lesione del diritto di difesa sono contraddistinte dalla «violazione di norme che prevedono poteri o garanzie processuali strumentali al pieno esercizio del diritto di difesa», nelle quali la violazione «avviene nel giudizio-procedimento, dove la parte non ha potuto difendersi»; in altri termini, «l'errore si annida nella procedura, e non nel contenuto della sentenza: il diritto di difesa, quindi, è leso nel giudizio e non dal giudizio» (cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., n. 11/2018, cit.).

dichiarata l'interruzione pur in presenza dei relativi presupposti. In tutti questi casi, la rimessione della causa serve a garantire il diritto di difesa sin dal primo grado di giudizio ⁽³³⁾.

Se, però, si assume una concezione del diritto di difesa più ampia e meno restrittiva, lo scenario cambia radicalmente. In questa prospettiva, la garanzia sancita nell'articolo 24 Cost. non si esaurisce nel diritto di difendersi nel giudizio attraverso gli strumenti processuali predisposti dall'ordinamento, ma implica, più in generale, che al bisogno di tutela invocato dalla parte sia data una risposta idonea a risolvere la lite e che, pertanto, il giudice si pronunci sulla domanda decidendo nel merito la controversia ⁽³⁴⁾. Così, la garanzia costituzionale viene a ricomprendere al suo interno il diritto della parte a vedere esaminata la propria domanda in funzione di una soluzione sostanziale della lite. In altri termini, la garanzia costituzionale si identifica (anche) con il diritto della parte ad ottenere una pronuncia di merito ⁽³⁵⁾. Nel travalicare i più ristretti spazi delle garanzie meramente procedurali, questa concezione più ampia del diritto di difesa si inquadra e si giustifica in base ai principi generali del giusto processo ⁽³⁶⁾, tra cui

⁽³³⁾ Per un'ampia ricostruzione delle ipotesi riconducibili alla lesione del diritto di difesa, R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2012, 1486 ss.

⁽³⁴⁾ Secondo Cons. Stato, n. 2122/2018, cit. la categoria della «violazione del diritto di difesa» sarebbe concettualmente più ampia di quella del «vizio formale o procedurale» e «astrattamente idonea a ricomprendere nel suo campo semantico anche quegli errori di giudizio che hanno sostanzialmente privato le parti del c.d. doppio grado di merito», sicché sarebbe «innegabile che l'erronea pronuncia di primo grado, dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse, ha impedito l'esame nel merito della domanda, ledendo il diritto delle parti, in primo luogo delle parti ricorrenti, ad una decisione di merito».

⁽³⁵⁾ E. ZAMPETTI, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello*, Napoli, 2020, 183 ss.; Id., *Riflessioni a margine delle decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 10, 11 e 15 del 2018 in tema di annullamento con rinvio*, in *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, cit., 427 ss.

⁽³⁶⁾ Senza alcuna pretesa di completezza, sul principio del giusto processo nelle sue implicazioni sull'effettività della tutela giurisdizionale, S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, tomo I, Milano, 2009, 377 ss.; Id., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc.*

viene pacificamente incluso il principio della «tendenziale massima accessibilità alla tutela nel merito», secondo cui il processo deve risultare funzionalizzato ad una definizione nel merito della controversia ⁽³⁷⁾. Che il processo debba tendere alla soluzione nel merito della lite rappresenta, pertanto, un principio cardine della funzione giurisdizionale, garantito e tutelato dal combinato disposto degli articoli 111, comma 1 e 24, commi 1 e 2 della Costituzione. Non è del resto un caso che anche le prevalenti teorie sul concetto di azione individuano nella decisione di merito l'obiettivo che, attraverso il processo, l'azione mira a conseguire ⁽³⁸⁾.

Ne discende che, quando, a causa di un errore sulla legittimazione o l'interesse a ricorrere, il giudice manchi di adottare una decisione di merito, viene ad integrarsi una violazione del diritto di difesa rilevante agli effetti dell'articolo 105 c.p.a. e la causa deve essere rimessa al primo giudice. Oltre a valorizzare un concetto di diritto di difesa più ampio e sostanziale, questa soluzione assicura anche il pieno rispetto del principio del doppio grado, nella sua accezione "forte" di doppio esame del merito, in quanto, nell'imporre la rimessione, impedisce che la decisione di merito sia adottata in unico grado dal giudice di appello, in assenza di un successivo controllo giurisdizionale che non sia quello limitato ai profili di giurisdizione ⁽³⁹⁾. Potrebbe obiettarsi che il doppio grado, in un'accezione che potremmo chiamare "debole", risulti pur sempre garantito dalla sola possibilità di impugnare al Consiglio di Stato la sentenza di rito, senza che sia pregiudicato dall'eventualità che il giudice d'appello decida nel merito la lite. Tuttavia,

amm., 1/2013, 100 ss; M. LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, a cura di F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI, Napoli, 2018, 17 ss.

⁽³⁷⁾ F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2011, 166; cfr. Corte cost., 16 ottobre 1986 n. 220, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 12 marzo 2007 n. 77, in www.cortecostituzionale.it.

⁽³⁸⁾ T. LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952, 33, *Id.*, *L'azione nella teoria del processo*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, 427 ss.

⁽³⁹⁾ E. ZAMPETTI, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello*, cit., 240 ss.

in disparte la considerazione che l'accezione "forte" sembra essere quella più adatta a valorizzare la rilevanza costituzionale del principio nella giustizia amministrativa, è anche la disciplina positiva sulla rimessione a rivelare una preferenza per l'accezione "forte". Infatti, la *ratio* sottesa al rinvio nelle ipotesi di erronea declinatoria di giurisdizione o competenza e di erronea dichiarazione di perenzione o estinzione mira proprio ad impedire che la decisione di merito sia adottata in unico grado dal giudice di appello. Sicché, invocare la più attenuata garanzia al cospetto delle erronee pronunce d'inammissibilità risulterebbe incoerente con la tutela piena contemplata per gli altri errori in rito.

L'inquadramento dell'erronea decisione d'inammissibilità nella lesione del diritto di difesa amplia l'ambito della rimessione più di quanto avvenga in base alla soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria. Basti osservare che, nella ricostruzione dell'Adunanza Plenaria, il rinvio deve essere disposto solo a fronte di una sentenza d'inammissibilità che sia nulla e non semplicemente erronea. Diversamente, per la soluzione qui prospettata, solo parzialmente coincidente con quella indicata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, il rinvio dovrebbe operare a fronte di tutte le erronee decisioni d'inammissibilità, siano esse nulle o semplicemente erronee. L'unica eccezione varrebbe per le sentenze apparentemente processuali, ma andrebbe attentamente verificata caso per caso, considerata la difficoltà di perimetrare esattamente la tipologia di pronuncia.

7. Erronea decisione d'inammissibilità e diniego di giurisdizione.

A chiusura di queste note di commento, è opportuno soffermarsi brevemente su un profilo non espressamente esaminato dall'Adunanza Plenaria, ma che merita di essere ugualmente sottolineato per le implicazioni di sistema. Il profilo riguarda la riconducibilità dell'erronea decisione d'inammissibilità ad un'ipotesi di erronea declinato-

ria di giurisdizione o di rifiuto di giurisdizione ⁽⁴⁰⁾. Nell'adottare una soluzione incentrata sulla nullità della sentenza, l'Adunanza Plenaria nega implicitamente che l'erronea declaratoria d'inammissibilità o improcedibilità del ricorso sia assimilabile ad un'erronea declinatoria di giurisdizione. Negare, sia pur implicitamente, l'assimilazione tra erronea decisione d'inammissibilità e diniego di giurisdizione, rivela una posizione antitetica a quella espressa dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione in una recente pronuncia del 2023 relativa alla questione delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreativa ⁽⁴¹⁾. Senza poter qui entrare nei dettagli, basti osservare come, nella ricostruzione di quella pronuncia, la decisione del giudice amministrativo di dichiarare inammissibili gli interventi in giudizio di alcune associazioni rappresentative degli interessi dei balneari darebbe luogo ad una questione di giurisdizione denunciabile ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Cost. Più precisamente, secondo la Cassazione la dichiarazione d'inammissibilità degli interventi integrerebbe un vero e proprio rifiuto di giurisdizione in quanto negherebbe tutela giurisdizionale all'interesse legittimo fatto valere dalle associazioni, che sarebbe così degradato a semplice interesse di fatto ⁽⁴²⁾. Si tratta di una posizione particolarmente rilevante nell'ambito della stessa giurisprudenza della Corte di cassazione, in quanto, superando un orientamento più restrittivo, estende il sindacato sui «motivi inerenti alla giurisdizione» alle ipotesi in cui il Consiglio di Stato applichi

⁽⁴⁰⁾ Sul tema, M. MAGRI, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad"*, in *Giustizia Insieme*, 21 aprile 2022.

⁽⁴¹⁾ Cass., Sez. Un., 23 novembre 2023, n. 32559 che, in accoglimento del primo dei motivi di ricorso, ha cassato la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, n. 18/2021 (cfr. anche Cass., Sez. Un., (ord.) 9 gennaio 2024, n. 786).

⁽⁴²⁾ Cass., Sez. Un., n. 32559/2023, cit.: «La questione concernente la configurabilità o meno di un interesse (legittimo) suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice e, pertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite, a norma dell'articolo 362 cod. proc. civ. (...) In conclusione, si è trattato di un diniego o rifiuto della tutela giurisdizionale sulla base di valutazioni che, negando in astratto la legittimazione degli enti ricorrenti a intervenire nel processo, conducono a negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto».

erroneamente le regole di giudizio negando tutela giurisdizionale ad una determinata situazione giuridica ⁽⁴³⁾.

Ad ogni modo, le conclusioni della Cassazione potrebbero essere estese alla sentenza che erroneamente dichiara insussistente la legittimazione ad agire o l'interesse a ricorrere, dal momento che anche una tale pronuncia impedisce l'accesso al processo negando tutela giurisdizionale ad una situazione giuridica.

È, dunque, in questo contesto, che la posizione del Consiglio di Stato assume uno specifico rilievo poiché, in contrasto con la Cassazione, esclude che l'erronea dichiarazione d'inammissibilità o improcedibilità del ricorso riveli un diniego o rifiuto di giurisdizione. Se nella sentenza dell'Adunanza Plenaria il contrasto resta implicito nelle conclusioni, la diversità di approdo è nettamente esplicitata in una recente pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale si ribadisce l'esclusione di ogni ipotetica assimilazione tra erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso e diniego di giurisdizione, sul presupposto che, a differenza del secondo, nel primo caso non è affatto controversa la "giustiziabilità" della situazione giuridica, ma soltanto l'individuazione dei soggetti titolari di quella situazione giuridica ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ È evidente come la posizione espressa da Cass. n. 32559/2023, cit., superi nettamente quella pur sempre espressa dalle Sezioni unite, secondo cui il «cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che provveda perché investito di essa e, dunque, ritenendo esistente la propria giurisdizione e, tuttavia, nell'esercitarla, applichi regole di giudizio che lo portino a negare tutela alla situazione giuridica azionata, si risolve soltanto nell'ipotetica commissione di un errore all'interno ad essa e, se tale errore porta a negare tutela alla situazione fatta valere, ciò si risolve in una valutazione di infondatezza della richiesta di tutela, ancorché la statuizione, in quanto proveniente dal giudice di ultimo grado della giurisdizione adita, comporti che la situazione rimanga priva di tutela giurisdizionale». (Cass., Sez. Un., 6 giugno 2017, n. 131 giugno 2023, n. 15601); una posizione intermedia tra quest'ultima e quella espressa da Cass. n. 32559/2023, cit., afferma che «alla regola della non estensione agli errori *in iudicando* o *in procedendo* del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo può derogarsi nei casi eccezionali di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia» (Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, I, 327); in generale, sui limiti del sindacato spettante alla Corte di cassazione nei confronti delle sentenze dei giudici amministrativi, M.A. SANDULLI, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, a cura di M.A. SANDULLI, Napoli, 2024, 81 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cons. Stato, Sez. VII, 19 febbraio 2024, n. 1653, secondo cui «l'errata decla-

Pur non essendo questa la sede per approfondire l'argomento, è innegabile che la posizione del Consiglio di Stato sia quella maggiormente allineata con la sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, che, come noto, ha interpretato restrittivamente i «motivi inerenti alla giurisdizione» riconducendovi esclusivamente le ipotesi di difetto di giurisdizione assoluto o relativo ⁽⁴⁵⁾. Conseguentemente, nei casi in cui il giudice applichi erroneamente le regole di giudizio e per tale errore neghi tutela ad una situazione giuridica, non si è al cospetto di una questione di giurisdizione, ma di un semplice cattivo esercizio della giurisdizione, come tale insindacabile con il ricorso in Cassazione *ex art.* 111, comma 8, Cost. ⁽⁴⁶⁾. Al di là di quale sia la posizione preferibile, resta il fatto che Consiglio di Stato e Cassazione offrono un diverso inquadramento delle questioni di giurisdizione, più ristretto il primo, più ampio la seconda. Vero è che il diverso inquadramento

ratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva (...) non rientrano nell'ambito delle questioni di giurisdizione di cui all'articolo 105 c.p.a.», in quanto «non potrebbe mai considerarsi “rifiuto assoluto di giurisdizione” la decisione con cui il giudice non esclude affatto la “giustiziabilità” di una pretesa sostanziale, ma accerta quali siano i soggetti titolari della relativa legittimazione». Che l'erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso non integri un'ipotesi di rifiuto di giurisdizione era già stato affermato nel 2018 dall'Adunanza Plenaria, sul rilievo che il rifiuto di giurisdizione non può «estendersi all'ipotesi in cui, l'esistenza della giurisdizione è controversa, ma il giudice amministrativo nell'esercitarla, ravvisi la sussistenza di impedimenti di natura processuale all'esame nel merito della lite» (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2018, cit.).

⁽⁴⁵⁾ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, secondo cui «“l'eccesso di potere giudiziario”, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici».

⁽⁴⁶⁾ Corte cost., n. 6/2018, cit.; «la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, comprenda anche il sindacato *su errores in procedendo o in iudicando* non può qualificarsi come una interpretazione evolutiva, poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale».

si colloca in ambiti tra loro eterogenei: da un lato, l'individuazione delle cause di rimessione al primo giudice; dall'altro, l'individuazione dei «motivi inerenti alla giurisdizione» denunziabili ai sensi dell'articolo 111, comma 8. Ciò, tuttavia, non mitiga il contrasto, così come non lo attenua l'affermazione della Cassazione secondo cui il più ampio concetto di giurisdizione «attiene alla sola determinazione dei casi di ammissibilità del ricorso per cassazione avverso sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (...), non anche, perciò, alle disposizioni dei codici di rito riguardanti la determinazione dei casi in cui il giudice di appello deve rimandare le parti davanti al primo giudice (353 cod. proc. civ.; art. 105 cod. proc. amm.; art. 199 cod. giust. cont.)»⁽⁴⁷⁾. Pur se diverse sono le finalità che si rapportano alle differenti posizioni, il contrasto mina di per sé la certezza del diritto frantumando il concetto di giurisdizione che dovrebbe invece rimanere unitario.

8. Osservazioni conclusive.

Al di là di alcuni passaggi non pienamente convincenti⁽⁴⁸⁾, la sentenza offre una conclusione tutto sommato condivisibile seppur scarsamente innovativa, considerato che già nel 2018 l'Adunanza Plenaria aveva affermato l'obbligo di rinvio al cospetto di sentenze nulle per difetto di motivazione. Tuttavia, se nelle intenzioni la conclusione dovrebbe allineare l'errore sulle condizioni dell'azione agli altri errori in rito⁽⁴⁹⁾, in concreto l'allineamento è solo parzialmente attuato, in quanto il rinvio verrebbe pur sempre ad operare solo per le pronunce d'inammissibilità nulle, ma non per quelle che tali non siano. In ciò l'aspetto realmente problematico della soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria.

⁽⁴⁷⁾ Così, Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

⁽⁴⁸⁾ Come, ad esempio, quando si impiega la generica espressione "errore palese", che può creare incertezza nella qualificazione della nullità; o quando l'omesso esame dei motivi sembra intendersi come condizione necessaria per l'integrazione del difetto assoluto di motivazione (v. *supra* nel testo).

⁽⁴⁹⁾ Si intende quelli contemplati dall'articolo 105 c.p.a., quali l'errore sulla giurisdizione, sulla competenza, sull'estinzione e sulla perenzione.

Non sembra, infatti, ci siano valide ragioni per operare un diverso trattamento processuale nell'ambito delle sentenze d'inammissibilità, considerato che tutte le erronee sentenze in rito, siano esse nulle o meno, impediscono ugualmente che la causa sia decisa nel merito, arrecando in ciò una lesione al diritto di difesa rilevante agli effetti della rimessione. Nemmeno il principio di ragionevole durata del processo sembra ostacolare questa prospettiva, in quanto un'eventuale dilatazione dei tempi processuali sarebbe pur sempre giustificata dall'esigenza di rispettare il diritto di difesa in tutta la sua ampiezza, compresa la garanzia del doppio grado di giudizio⁽⁵⁰⁾. L'unico vero ostacolo è nella persistente resistenza ad accogliere una concezione sostanziale del diritto di difesa, diversa da quella che lo identifica restrittivamente nelle sole garanzie procedurali.

ENRICO ZAMPETTI

ABSTRACT: La sentenza in esame torna ad occuparsi della disciplina sulla rimessione di cui all'articolo 105 c.p.a., che già nel 2018 era stata oggetto di alcune decisioni dell'Adunanza Plenaria. Chiamata a chiarire se, a fronte di un'erronea pronuncia d'inammissibilità, il giudice di appello debba rimettere la causa al primo giudice, l'Adunanza Plenaria ha affermato che la causa debba essere rinviata soltanto nei casi in cui l'erronea pronuncia d'inammissibilità sia nulla per difetto assoluto di motivazione. Come in parte prospettato dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, la questione avrebbe potuto essere diversamente inquadrata nella violazione del diritto di difesa, sul presupposto che le erronee pronunce d'i-

(50) È in ogni caso la stessa sentenza dell'Adunanza Plenaria ad escludere che l'ampliamento delle ipotesi di rimessione possa arrecare pregiudizio alla ragionevole durata del processo, rilevando che «un appello avverso una pronuncia di inammissibilità, in cui si lamenti la *“nullità della sentenza”* (...) si può comporre con un solo motivo (volto a far rilevare l'ammissibilità del ricorso) ed è destinato o al rigetto o all'accoglimento con annullamento con rinvio, senza esame del merito da parte del giudice di appello» e che «trovano pertanto applicazione gli articoli 72 e 72-bis c.p.a. sulla fissazione con priorità dell'udienza pubblica, trattandosi di un ricorso vertente su un'unica questione, e sulla trattazione in camera di consiglio con i termini propri del rito cautelare, trattandosi di un appello suscettibile di immediata definizione». Sebbene la pronuncia si riferisca specificamente alle sentenze d'inammissibilità nulle, le conclusioni a cui giunge valgono anche nella prospettiva in cui le erronee sentenze d'inammissibilità si ritengano lesive del diritto di difesa.

nammissibilità impediscono alla parte di ottenere una pronuncia di merito. In questa prospettiva, tutte le erronee sentenze d'inammissibilità — non solo quelle nulle — verrebbero a determinare il rinvio al primo giudice, così da garantire il pieno rispetto del principio del doppio grado, che sarebbe, invece, pregiudicato se la decisione di merito fosse adottata in unico grado dal giudice di appello.

ABSTRACT: *The sentence in question returns to deal with the discipline on referral provided for in article 105 of the Code of Administrative Process, which had already been the subject of some decisions of the Plenary Session of the Council of State in 2018. Called to clarify whether, in the face of an erroneous sentence of inadmissibility, the appeal judge should refer the case back to the first judge, the Plenary Session of the Council of State has stated that the case should be referred back only if the erroneous sentences of inadmissibility are null and void due to an absolute lack of motivation. As partly stated by Sicilian Region Administrative Justice Council, the issue could have been differently framed as a violation of the right of defence, on the assumption that erroneous sentences of inadmissibility prevent the party from obtaining a ruling on the merits. From this perspective, all erroneous inadmissibility sentences — not just null ones — would lead to refer the case back to the court of first instance, so as to guarantee full compliance with the principle of double degree, which would, however, be violated if the decision on the merits were adopted in a single degree by the appeal judge.*

Regolamento Ammissione e Referaggio contributi.

1. PROPOSTA. I contributi proposti per la pubblicazione nella Rivista vengono inviati, in formato elettronico e/o cartaceo, dall'autore ad uno dei seguenti indirizzi (robertomartino@ilprocesso.eu; antoniobarone@ilprocesso.eu; redazione@ilprocesso.eu) e vengono sottoposti ad uno dei Direttori della Rivista.

2. NOMINA REFEREE. Uno dei Direttori (responsabile della procedura di referaggio) individua riservatamente un *referee*, esperto dell'area disciplinare a cui si riferisce il contributo, nell'ambito del comitato scientifico e di valutazione ovvero un *referee*, esperto dell'area disciplinare a cui si riferisce il contributo, esterno al comitato medesimo e agli altri organi della Rivista.

Su richiesta di almeno due direttori (responsabili della procedura di referaggio), è possibile individuare due referee (esterni agli organi della Rivista o nell'ambito del comitato scientifico e di valutazione) per la valutazione del contributo; anche in tal caso verranno seguite le regole di referaggio di cui al paragrafo 3, con il coinvolgimento di entrambi i Direttori responsabili della procedura di referaggio.

I nominativi dei *referees* esterni al Comitato di valutazione e agli altri organi della rivista verranno pubblicati nell'ultimo numero di ogni annualità della Rivista.

3. REFERAGGIO. Il valutatore individuato in maniera assolutamente riservata da uno dei Direttori esamina il contributo, trasmesso in forma anonima. Sarà accuratamente evitata, a cura della segreteria di redazione, l'identificabilità dello stesso, anche con la cancellatura di autocitazioni nel testo o in nota ed altri elementi atti ad identificare l'autore del contributo. Il valutatore compilerà un'apposita scheda anonima di valutazione, allegata al presente regolamento, che terrà conto delle seguenti caratteristiche del lavoro: originalità; metodologia, informazione, coerenza argomentativa. Le risultanze della valutazione saranno trasmesse dal valutatore al Direttore che gli ha

conferito l'incarico entro 15 gg. dalla ricezione del contributo. Per opere di particolare impegno il Direttore responsabile della procedura di referaggio potrà concedere una proroga di altri 15 gg. Inutilmente decorso il termine, il valutatore decade dall'incarico e il contributo verrà prontamente inviato ad altro valutatore, individuato nel rispetto delle modalità di cui al punto 2.

Il valutatore opera nel rispetto del codice etico della Rivista e dei doveri ivi indicati.

Il giudizio è espresso per iscritto in forma anonima e inoltrato, per via telematica o cartacea, dal valutatore al Direttore che gli ha conferito l'incarico.

Tutti i contributi pubblicati sulla Rivista saranno sottoposti alle procedure di revisione/valutazione di cui al presente regolamento, esclusi quelli indicati nell'art. 9, § 5 del regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste per le aree non bibliometriche. Soltanto in casi eccezionali la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

4. ESITO DEL REFERAGGIO.

La procedura può avere i seguenti esiti:

- Se la valutazione è favorevole per l'autore il contributo viene ammesso nella Rivista senza ulteriori formalità. - Se la valutazione ha esito negativo il contributo è rifiutato e si dà comunicazione all'autore, allegando la valutazione.

In caso di valutazione positiva, il valutatore può formulare commenti/suggerimenti che verranno trasmessi all'autore, in forma anonima, e quest'ultimo potrà o meno acquisirli a sua discrezione.

Le regole di cui al paragrafo 4 si applicano anche alle ipotesi di nomina di due *referee*, qualora entrambe le valutazioni espresse siano negative oppure positive. Qualora, invece, i giudizi dei due *referee* dovessero essere discordanti, è facoltà della direzione decidere sulla pubblicazione o meno del contributo, valutando la possibilità di sottoporre il contributo alla revisione di un terzo *referee* e procedendo alla pubblicazione in caso di valutazione positiva.

5. CONSERVAZIONE ATTI. Il materiale relativo alla procedura verrà conservato con la massima cura e riservatezza dalla segreteria di redazione, in formato cartaceo ed elettronico a disposizione dell'ANVUR o di altre Autorità di controllo.