



FIAT IUSTITIA NE
PEREAT MVNDVS



Istruttoria e decisione: principio dispositivo e sua attenuazione, anche nell'articolazione dei motivi di ricorso

Marco Maria Cellini

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Giustizia amministrativa –

Seminario

prof. E. Fratto Rosi Grippaudo

5 Dicembre 2024

Istruttoria nel processo: cenni

- Diritto di azione - > Diritto/dovere a rendere un provvedimento.

L'azione fa sorgere il dovere del giudice di compiere quegli atti che conducono alla decisione.

Corrispondenza tra chiesto e pronunciato:

artt. 39 c.p.a. e 112 c.p.c.:

«Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti»

Istruttoria nel processo: cenni

Non oltre i fatti ALLEGATI. Il vincolo che abbiamo visto riguarda solo l'allegazione dei fatti (giudizio su quello che mi dicono le parti) o anche sul MODO con cui si svolge il giudizio sul fatto?!

Il compito del giudice, per decidere, è quello di verificare se i fatti allegati sono veri o no

Differenza importante, che distingue: principio dispositivo/principio inquisitorio

Istruttoria nel processo: cenni

Processo penale...es. art. 507, comma 1, c.p.p.

«Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, **può disporre anche di ufficio** l'assunzione di nuovi mezzi di prova»

art. 421-*bis*, comma 1, c.p.p.

«Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, il giudice, se le indagini preliminari sono incomplete, indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Del provvedimento è data comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello.»

Istruttoria nel processo: cenni

art. 422, comma 1, c.p.p.

«Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, ovvero a norma dell'articolo 421 bis, **il giudice può disporre, anche d'ufficio,** l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere»

Processo civile

Art. 115, comma 1, c.p.c.

«Salvi i casi previsti dalla legge [es. v. giudizio del lavoro], **il giudice deve porre a fondamento della decisione** le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita»

Istruttoria nel processo: cenni

Il giudice deve decidere secondo i fatti allegati e provati (*iudex secundum allegata et probata judicare debet*)

Vincolo disponibilità dell'oggetto del processo (*secundum allegata*)

+

Vincolo disponibilità delle prove (*secundum probata*) -> c.d. **principio dispositivo**

v. Anche 2697 c.c.

«Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.»

Istruttoria nel processo: cenni

La legge individua delle deroghe al principio dispositivo puro, al punto che – a seconda del processo – si etichetta variamente il vigente principio dispositivo «temperato»

Più in generale, cenni su sistema dispositivo Vs inquisitorio

Istruttoria nel processo amministrativo

Processo amministrativo, v. art. 39 c.p.a. rispetto a 115 c.p.c. + art. 64 c.p.a. ne è riproposizione:

«1. **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.

2. 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**»

Cosa ritroviamo? Principio dispositivo + principio di non contestazione (v. anche disponibilità della prova -> principio di vicinanza alla prova)

Istruttoria nel processo amministrativo

«Il principio di vicinanza della prova non deroga alla regola di cui all'art. 2697 c.c. (che impone all'attore di provare i fatti costitutivi del proprio diritto e al convenuto la prova dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto vantato dalla controparte) ma **opera allorquando le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrono indicazioni univoche per distinguere le suddette due categorie di fatti**, fungendo da criterio ermeneutico alla cui stregua i primi vanno identificati in quelli più prossimi all'attore e dunque nella sua disponibilità, mentre gli altri in quelli meno prossimi e quindi più facilmente suffragabili dal convenuto, **di modo che la vicinanza riguarda la possibilità di conoscere in via diretta o indiretta il fatto, e non già la possibilità concreta di acquisire la relativa prova**» (Cass., sez. III, 22 aprile 2022, n. 12910)

In generale e nel processo amministrativo, esempio di un'applicazione...

Istruttoria nel processo amministrativo

“Ai fini della concessione del condono edilizio, l'Amministrazione, pur dovendo sempre espletare un'istruttoria adeguata anche relativamente all'epoca della edificazione (onde individuare il regime giuridico di riferimento), non deve fornire, quale condizione di legittimità per l'irrogazione della sanzione, (anche) prova certa dell'epoca di realizzazione dell'abuso. **Ricade, infatti, in capo al proprietario** (o al responsabile dell'abuso) **l'onere di provare la data di ultimazione (con difforme destinazione d'uso) delle opere edilizie, dal momento che solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto.** In difetto di tali prove, resta integro il potere dell'Amministrazione di negare la sanatoria dell'abuso e il suo dovere di irrogare la sanzione demolitoria (ex plurimis Consiglio di Stato, sez. IV, 03/02/2017, n. 463; Consiglio di Stato, sez. IV, 15/06/2016, n. 2626; Consiglio di Stato, sez. VI, 27/07/2015, n. 3666)” (Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2018, n. 1927)”

Istruttoria nel processo amministrativo

Continuiamo con l'art. 64, comma 3, c.p.a.

«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**.

...ecco il «temperamento» o, come si sostiene in dottrina, il principio dispositivo con metodo acquisitivo

Altra esplicitazione:

Art. 63, comma 1 c.p.a.: «Fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice **può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti**»

Istruttoria nel processo amministrativo

Che cosa vuol dire quindi?

Il g.a. storicamente «signore della prova». E ora?

La parte deve fornire un principio di prova perché il giudice attivi i suoi poteri ufficiosi. È quindi possibile per il giudice integrare allegazioni probatorie parziali

«Al riguardo va osservato che la recente codificazione ha bensì conferito maggior nettezza alle regole del processo amministrativo, in gran parte, peraltro, già vigenti, in virtù di massime giurisprudenziali consolidate, ma non ha introdotto novità sostanziali in tema di onere della prova, che risulta tuttora improntato al principio dispositivo con metodo acquisitivo, che, come già ricordato, **impone ai ricorrenti di fornire, non la prova della fondatezza delle pretese dedotte, bensì semplici elementi indiziari in merito all'esistenza dei vizi denunciati, in base ai quali il giudice, ritenutane la attendibilità, eserciterà i poteri istruttori previsti dal c.p.a.**»
(Cons. Stato, ad. plen., 20 novembre 2014, n. 32)

Istruttoria nel processo amministrativo

Art. 64, comma 4, c.p.a.

4. Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo»

= 116 c.p.c.? «il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, **salvo che la legge disponga altrimenti**» (cfr. prove legali nel processo amministrativo)

Che vuol dire prudente apprezzamento?

Mancato adempimento a un ordine di integrazione probatoria è valutato?

I mezzi di prova

Cenni sul sistema previgente ove il giudice era e rimaneva giudice dell'atto, ivi confinato. Giudice del rapporto -> anche del fatto con c.p.a.: allineamento processo civile – amministrativo anche in ragione del principio di effettività della tutela (in particolare, per i diritti soggettivi conosciuti nella giurisdizione esclusiva)

Quali mezzi di prova? V. art. 63 c.p.a.

- a) Chiarimenti (P.A. non come parte, ma Autorità, non è interrogatorio libero) o documenti;
- b) Ordine di esibizione ex 210 c.p.c.

I mezzi di prova

c) ispezioni ai sensi dell'art. 118 c.p.c.;

d) prova testimoniale per iscritto («che è sempre assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile»);

e) Verificazione o SE INDISPENSABILE consulenza tecnica;

e) «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**» (63, comma 5 c.p.a.)

Perché? Indisponibilità interesse pubblico (tradizionalmente)

I mezzi di prova

C'è spazio per una prova atipica? Es. perizia giurata

Differenze verifica/consulenza tecnica: sia soggettive (verificatore apparato dell'amministrazione, comunque «estraneo alle parti in giudizio»/C.T.U. di solito esterno), che oggettive (verifica su esistenza o meno fatti/c.t.u. valutativa)

I mezzi di prova

Qual è la forma dei provvedimenti del giudice amministrativo in tema di prove? Ordinanza

«Quando l'istruttoria è disposta dal collegio, questo provvede con ordinanza con la quale è contestualmente fissata la data della successiva udienza di trattazione del ricorso. La decisione sulla consulenza tecnica e sulla verifica è sempre adottata dal collegio» (Art. 65, comma 2, c.p.a.)

Per il resto c'è la possibilità che sia delegato un magistrato del collegio a norma degli artt. 65 e 68 c.p.a.

Mezzi di prova in appello: cenni

Art. 104 c.p.a.

«1. Nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall'articolo 34, comma 3, né nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Possono tuttavia essere chiesti gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa.

2. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile».

Discussione e decisione: la statica

La discussione del ricorso e la sua decisione sono delle parti collegate. Si intuisce dalla nozione di processo quale procedimento nel quale si susseguono una serie di atti che conducono alla decisione

«il **procedere** giuridico in cui consiste il **processo** si realizza attraverso una successione alternata di poteri e di atti» (C. Mandrioli e A. Carratta, Diritto processuale civile, I, 2016, p. 36)

In ogni processo vi sono:

Fase introduttiva -> fase istruttoria -> fase decisoria

Discussione e decisione: la statica

Il processo amministrativo non fa eccezione.

Fase introduttiva -> con ricorso (art. 40 c.p.a.)

cui segue la fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 71 c.p.a.

Fase istruttoria (nel rito ordinario) -> art. 73, comma 1, c.p.a. «Le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi».

Discussione e decisione: la statica

Fase decisoria -> «Nell'udienza le parti possono discutere sinteticamente» (art. 73, comma 2, c.p.a.). Su quanto già versato: l'istruttoria è chiusa.

Poi?

art. 75, comma 1, c.p.a.: «il collegio, dopo la discussione, decide la causa» in camera di consiglio.

Come funziona la camera di consiglio?

Art. 76 c.p.a.

«1. Possono essere presenti in camera di consiglio i magistrati designati per l'udienza.

2. La decisione è assunta in camera di consiglio con il voto dei soli componenti del collegio.

3. Il presidente raccoglie i voti. La decisione è presa a maggioranza di voti. Il primo a votare è il relatore, poi il secondo componente del collegio e, infine, il presidente. Nei giudizi davanti al Consiglio di Stato il primo a votare è il relatore, poi il meno anziano in ordine di ruolo, e così continuando sino al presidente».

Discussione e decisione: la dinamica

Come si decide? Dalla statica alla dinamica del processo

art. 76, comma 4, c.p.a.

«si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma, del codice di procedura civile e l'articolo 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile».

Discussione e decisione: la dinamica

Domande e questioni

Una *causa* è composta da una o più domande, ciascuna caratterizzata:

elemento soggettivo (parte attrice e convenuta/resistente)

elemento oggettivo, oggetto della domanda (*petitum* cioè PROVVEDIMENTO RICHIESTO e *causa petendi*, cioè il TITOLO)

es: convengo in giudizio Caio per chiedere qualcosa in ragione di qualcos'altro.

Distinzione domande autodeterminate/eterodeterminate rispetto a diritto soggettivo assoluto o relativo

Quando più cause hanno elementi (o soggettivi od oggettivi) in comune si dicono connesse. I casi di connessioni sono quelli di cui agli artt. 31-36 c.p.c. e la connessione viene in rilievo per la modifica della competenza (per lo più di territorio, cfr. 32 c.p.c.). Casi che operano nel processo amministrativo ai sensi del rinvio esterno ex art. 39 c.p.a.

Rilievo nel c.p.a. per lo più per la riunione dei ricorsi

Discussione e decisione: la dinamica

Art. 70 c.p.a.

«Il collegio può, su istanza di parte o d'ufficio, disporre la riunione di ricorsi **connessi**»

Dunque parliamo di casi connessione oggettiva (cumulo soggettivo, v. 33 c.p.c.) o connessione soggettiva (cumulo oggettivo).

es. giurisdizione di legittimità: due cittadini impugnano lo stesso atto dell'ente locale;

giurisdizione esclusiva: due commilitoni richiedono medesimo risarcimento del danno al Ministero della Difesa per danni patiti da uranio impoverito.

Discussione e decisione: la dinamica

La pendenza di una causa (rapporto processuale) fa sorgere il dovere per il giudice di decidere.

Ogni causa, quindi, ha un provvedimento definitorio, che può essere di vario tipo (per quanto riguarda il processo amministrativo, con sentenza, ordinanza collegiale o decreto v. art. 33 c.p.a.)... e sentenza in forma semplificata?!

A ogni domanda di cui è composta la causa corrisponde un capo del provvedimento decisorio.

Discussione e decisione: la dinamica

Possiamo ora tornare all'art. 76, comma 4, c.p.a. che rinvia all'art. 276 c.p.c., rubricato «della decisione della causa»

« [...]

2. **Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa.**

[...]

4. Se intorno a una questione si prospettano più soluzioni e non si forma la maggioranza alla prima votazione, il presidente mette ai voti due delle soluzioni per escluderne una, quindi mette ai voti la non esclusa e quella eventualmente restante, e così successivamente finché le soluzioni siano ridotte a due, sulle quali avviene la votazione definitiva.

5. Chiusa la votazione, il presidente scrive e sottoscrive il dispositivo. La motivazione è quindi stesa dal relatore, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla all'altro giudice»

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

Comma 2 dell'art. 276 c.p.c. capitale:

- Distinzione domanda/questione (capo/punto);
- Entriamo nella dinamica del processo, cioè nel dare significato agli istituti processuali studiati.

Il giudice decide:

1) le questioni pregiudiziali di rito.

Quali sono? Esistenza dei presupposti processuali (giurisdizione, competenza, capacità processuale) e delle condizioni dell'azione (legittimazione ad agire e interesse al ricorso)

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

Se viene introdotta una causa senza presupposti o che difetti al momento della decisione delle condizioni dell'azione?

Causa -> provvedimento definitivo

art. 35, comma 1, c.p.a.

«Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso:

a) **irricevibile** se accerta la tardività della notificazione o del deposito;

b) **inammissibile** quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito;

c) **improcedibile** quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione, o non sia stato integrato il contraddittorio nel termine assegnato, ovvero sopravvengono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito».

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

Differenza inammissibilità/improcedibilità rispetto a vizio originario o sopravvenuto presupposto processuale della parte o condizione dell'azione.

E su difetto presupposto processuale che riguarda il giudice?

art. 15, comma 4, c.p.a. per competenza

«il giudice provvede con **ordinanza**, nei casi di cui ai commi 2 e 3. Se dichiara la propria incompetenza, indica il giudice ritenuto competente. Se, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione di tale ordinanza, la causa è riassunta davanti al giudice dichiarato competente, il processo continua davanti al nuovo giudice. Salvo quanto previsto al comma 6, la riassunzione preclude alla parte che l'ha effettuata la proposizione del regolamento di competenza».

art. 11, c.p.a. per giurisdizione

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

art. 11 c.p.a. per quanto riguarda giurisdizione:

«1. Il giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito.

2. Quando la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice nazionale o viceversa, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato».

Con cosa? Sentenza, che è provvedimento definitivo (v. art. 279, comma 1, n. 1 c.p.c. e 39 c.p.a.)

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

C'è un ordine tra questioni pregiudiziali di rito? Sì, l'ordine logico:

- 1) Giurisdizione e competenza;
- 2) Capacità processuale e rappresentanza processuale;
- 3) Ricevibilità/decadenza dall'azione;
- 4) Legittimazione ad agire;
- 5) Interesse al ricorso.

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

N.B. importantissimo. Questioni pregiudiziali di rito, essendo legate al rapporto processuale e a questioni di ordine pubblico possono essere sia rilevate, che dichiarate d'ufficio.

MA ATTENZIONE alle sentenze della c.d. terza via, vietate perché dev'esserci il contraddittorio: v. art. 73, comma 3, c.p.a.:

«Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie»

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

giudice decide:

2) le questioni preliminari di merito.

Quali sono? Questioni che incidono sulla pretesa soggettiva che viene azionata

«Il collegio pronuncia sentenza:

[...]

2) quando definisce il giudizio, decidendo questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito» (art. 279, comma 1, n. 2, c.p.c.)

«[il giudice istruttore] Può rimettere le parti al collegio affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio» (Art. 187, comma 2, c.p.c.)

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

Esempio? Prescrizione del diritto. Eccezione di prescrizione (è vicenda estintiva dell'oggetto della domanda)

Se accolgo eccezione di prescrizione, non vado a vedere il merito, ma definisco la causa con sentenza.

Si assume che le questioni preliminari di merito, essendo legate alla pretesa sostanziale, non siano rilevabili e dichiarabili d'ufficio in virtù del principio dispositivo (art. 2697 c.c.)

«1. Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

2. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

giudice decide:

3) Il merito della controversia.

C'è ordine tra domande? sì, se sono tutte sul merito (cfr. *infra*) parti dalla principale, passi ai motivi aggiunti propri e impropri, concludi con le incidentali.

Nella giurisdizione generale di legittimità: azione di nullità (più grave); azione di annullamento (meno grave); azione di risarcimento del danno (ha le due precedenti come presupposta).

Su giurisdizione esclusiva: criterio cronologico/processuale *come sopra*.

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

Tralasciando l'ordine tra domande, esiste un ordine tra vizi da scrutinare? Es. chiedo annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere sotto due profili.

Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 per cui, in estrema sintesi:

- è sempre necessario scrutinare prioritariamente il vizio di incompetenza assoluta (nullità per difetto assoluto di attribuzione) o relativa. Perché? Art. 34, comma 2, c.p.a. «In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati [...]».

Discussione e decisione: la dinamica

L'ordine delle questioni

Per il resto, è possibile per il ricorrente, come riflesso del carattere dispositivo del processo amministrativo, disporre dei motivi di ricorso e graduarli espressamente (mai, come detto, quello di incompetenza che, anche laddove graduato, va scrutinato con priorità).

Laddove il ricorrente non si avvalga di tale facoltà, il giudice deve scrutinare tutti i motivi e non può procedere all'assorbimento «indiscriminato» degli stessi contravvenendo altrimenti al principio di effettività della tutela (es. no accoglimento vizio procedimentale e assorbo sostanziale – c.d. ragione più liquida).

Discussione e decisione: la dinamica

L'assorbimento

Salvi i casi di:

- assorbimento obbligatorio:

a) incompetenza, appunto;

b) in caso di giudizio immediato (sentenza in forma semplificata) in cui il giudice può motivare con riferimento al punto ritenuto risolutivo (art. 74 c.p.a.);

c) in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza, che consente di assorbire la questione di mancata integrità del contraddittorio (art. 49, comma 2, c.p.a.).

- evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico-pregiudiziale;

- ragioni di economia processuale, se comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica.

- GRAZIE PER L'ATTENZIONE

- contact: m.cellini@giustizia-amministrativa.it

- *Disclaimer: le opinioni espresse sono frutto di personale approfondimento giuridico e non impegnano in alcun modo le Istituzioni per cui presto ovvero ho prestato servizio.*