

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXXXI

LEA QUERZOLA

L'EFFICACIA DELL'ATTIVITÀ
PROCESSUALE
IN UN DIVERSO GIUDIZIO



Bononia University Press

Bononia University Press
Via Ugo Foscolo 7, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2016 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati
ISSN 2283-916X
ISBN 978-88-6923-148-3

Impaginazione: Sara Celia

Stampa: Editografica (Rastignano, Bologna)

Prima edizione: giugno 2016

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Paolo Biavati (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)

Prof. Massimo Franzoni (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)

Prof.ssa Elena Zucconi Galli Fonseca (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)

a mio marito

«(...) ecco, una moltitudine immensa, che nessuno poteva contare, di ogni nazione, tribù, popolo e lingua. Tutti stavano in piedi davanti al trono e davanti all'Agnello, avvolti in vesti candide, e tenevano rami di palma nelle loro mani. (...)

Uno degli anziani allora si rivolse a me e disse (...): «Sono quelli che vengono dalla grande tribolazione e che hanno lavato le loro vesti, rendendole candide nel sangue dell'Agnello. Per questo stanno davanti al trono di Dio e gli prestano servizio giorno e notte nel suo tempio; e Colui che siede sul trono stenderà la sua tenda sopra di loro.

Non avranno più fame né avranno più sete, non li colpirà il sole né arsura alcuna, perché l'Agnello, che sta in mezzo al trono, sarà il loro pastore e li guiderà alle fonti delle acque della vita. E Dio asciugherà ogni lacrima dai loro occhi».

(Giovanni, *Apocalisse*, 7,9.13-17)

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema nel panorama di riferimento. – 2. Varietà delle fattispecie fra previsioni del legislatore e vuoti normativi. – 3. Il tema della prova *aliunde*. – 4. Obiettivo del presente lavoro, premessa sul metodo e piano dell'opera.

1. *Inquadramento del tema nel panorama di riferimento*

Il presente lavoro monografico muove dalla rilevazione di alcuni dati di fatto.

Negli anni recenti è chiaramente emerso il fenomeno, peraltro sottolineato dalla migliore dottrina, della trasmigrazione di materiale processuale, in specie istruttorio ma non soltanto (si pensi, per esempio, all'ipotesi della sentenza *aliunde*, intendendo col termine quella pronunciata in altro giudizio), da una sede giudiziale ad un'altra, appartenente alla stessa o ad altra giurisdizione. Questo movimento è stato inizialmente reso possibile da un altro fenomeno, quello della (un tempo inesistente ed oggi sempre più tangibile) comunicazione fra giurisdizioni. Il tema verrà sviluppato più oltre. Ora ci basti ricordare come, ancora agli inizi degli anni Novanta, l'impostazione del codice di procedura civile attraverso i suoi primi articoli affermava molto chiaramente l'inderogabilità della giurisdizione italiana per accordo fra le parti (art. 2), l'irrilevanza della liti-

spendenza internazionale (art. 3), la possibilità di convenire “lo straniero” davanti al giudice italiano solo in alcune ipotesi determinate (art. 4), la riconoscibilità del provvedimento emesso da un giudice “straniero” solo in seguito a procedimento di delibazione (artt. 796 ss. c.p.c.). Accadde soltanto attraverso la riforma del diritto internazionale privato di cui alla legge n. 218 del 31 maggio 1995 che, in buona sostanza, i principi di cui alle norme sopra menzionate vennero ribaltati. A certe e note condizioni, la giurisdizione italiana diveniva derogabile (art. 4, l. n. 218), la litispendenza internazionale acquistava spessore (art. 7), non rilevava più in alcun modo la cittadinanza (italiana o straniera appunto) per essere citati in giudizio davanti al giudice italiano bensì solo il collegamento col nostro territorio (art. 3), la sentenza di un paese terzo non doveva più essere sottoposta ad un preventivo vaglio del giudice nazionale per entrare nel nostro ordinamento (artt. 64 ss.)¹.

Se la comunicazione fra giurisdizioni veniva ad implementarsi a livello sovranazionale, prima e per certi versi più facilmente a livello di Unione europea², poi e con qualche evidente e comprensibile maggior cautela a livello extraeuropeo, a livello interno accadeva qualcosa di simile fra i diversi ambiti della nostra giurisdizione. Il processo penale, da una parte non più necessariamente pregiudiziale rispetto al giudizio civile, diveniva la sede in cui l'azione civile poteva essere trasferita, iniziando così in un plesso e proseguendo in un altro, ancorché sempre all'interno della giurisdizione ordinaria; il processo amministrativo, non affetto dai numeri pletorici che soffocano il processo civile e ne causano la maggior parte dei problemi, e quindi da sempre riguardato come il rito di *élite*, incontrava signi-

¹ V. ampiamente sul tema P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1998, spec. pp. 120 ss., 178 ss., ove l'a. sottolinea come la crisi del legame fra giurisdizione e ordinamento in favore del rapporto giurisdizione-territorio ponga due problemi assai rilevanti, ovvero lo sfumare dell'idea di giurisdizione come sovranità e la restrizione della giurisdizione a mera competenza; M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, spec. p. 269 ss.; v. anche AA.VV., *Processo civile e riforma del diritto internazionale privato*, in *Atti del XXI Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Parma, 11-12 ottobre 1996, Milano, 1997.

² V. P. BIAVATI, *Europa e processo civile*, Torino, 2003, cui rinvio qui in via generale.

ficative riforme, da alcuni considerate una “civilizzazione” del relativo processo, nel senso cioè di una progressiva rassomiglianza dei due riti. L’avvicinarsi delle giurisdizioni, inizialmente rilevato come fenomeno incipiente a livello pretorio, ha trovato riconoscimento emblematico nella legge n. 69 del 18 giugno 2009, laddove finalmente si introduce e disciplina l’istituto della *translatio iudicii* (art. 59), analogamente a quanto farà poco dopo l’art. 11 c.p.a.

Accanto a questo ordine di considerazioni, andava poi crescendo l’importanza attribuita al più risalente e delicato tema della ragionevole durata del processo intesa, fra l’altro, come immancabile epifania del principio di effettività della tutela giurisdizionale³. È evidente, infatti, che la ripetizione del compimento di attività processuale già svolta e astrattamente utilizzabile altrove, frustrerebbe il principio della ragionevole durata ove si ritenesse di chiudere le porte alla circolazione endogiurisdizionale del materiale suddetto.

L’evoluzione che ho descritto qui sinteticamente comporta, pressoché necessariamente da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, di interrogarsi sull’osmosi di attività processuale da un plesso giurisdizionale all’altro: allo stesso modo dei liquidi che si riversano tra vasi comunicanti, così può accadere che l’attività processuale muova fra giurisdizioni che, pur distinte, sono divenute anch’esse comunicanti. Le pagine che seguono vogliono indagare quali spazi vi siano per questo fenomeno, se siano configurabili ostacoli effettivi ad esso e che peso questi eventualmente abbiano, per verificare in base a quali principi e considerazioni di carattere sistematico possa sostenersi la tesi della trasmigrabilità di materiale processuale fra diverse giurisdizioni.

³ La letteratura sul tema è vastissima. Qui mi limito a rinviare a P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 475 ss.; G. TARZIA, *L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, *passim*; R. MARTINO, *Sul diritto all’equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2011, n. 89)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1068 ss.

2. *Varietà delle fattispecie fra previsioni del legislatore e vuoti normativi*

L'ampiezza dell'indagine proposta richiede alcune precisazioni preliminari.

Innanzitutto ritengo di utilizzare sin d'ora il termine "trasmigrabilità" perché, trattandosi di un lavoro di ricerca, il senso è quello di comprendere se sia possibile e a quali condizioni, o meno, che l'attività compiuta in un determinato processo possa essere riversata in un altro e con quali conseguenze (anticipo fin d'ora che la conclusione a cui ritengo di giungere è in senso affermativo).

La seconda riguarda le diverse tipologie di ipotesi in cui il fenomeno può verificarsi. È evidente che la stragrande maggioranza delle fattispecie in cui ciò può accadere riguarda materiale istruttorio, le prove; ed infatti la parte più consistente del lavoro che seguirà avrà ad oggetto proprio il tema della prova *aliunde*, ovvero della prova che, assunta in un determinato processo, venga in rilievo in un altro. Ci sono tuttavia altre fattispecie, meno analizzate ma comunque importanti, che sono da farsi rientrare nell'idea che è alla base di questo studio. Si pensi alla sentenza resa al termine di un certo giudizio e richiamata in altro processo; all'attività pre-stragiudiziale compiuta e poi richiamata nella successiva fase giudiziale; all'attività svolta in diverse fasi di un procedimento che possa considerarsi unitario da un punto di vista funzionale⁴.

Come vedremo *infra*, diverse ipotesi sono previste dal legislatore, o trovano comunque in norme di diritto positivo argomenti che consentano di svolgere ragionamenti in ordine ai problemi che pongono; altrettanto numerose sono tuttavia le ipotesi in cui nelle norme non è dato ritrovare alcunché e la prassi giurisprudenziale appronta di volta in volta la soluzione del caso di specie, non senza ap-

⁴ Già S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 819 ss., spec. p. 822, sottolineava come vi fossero, e a mio avviso vi siano ancora donde lo spunto per questo lavoro, «molti dubbi su varie questioni», fra cui l'a. annovera, ad esempio, se il giudice sia vincolato a non utilizzare le prove assunte in un diverso processo, magari tra parti diverse, o a ignorare una perizia stragiudiziale o dichiarazioni di terzi rese fuori dal processo.

profondire talvolta il tema da un angolo visuale che ambisca a qualche tentativo di ricostruzione sistematica. Per quantità di materiale a disposizione, il tema delle prove consente di delineare ancor meglio i confini dell'indagine e, soprattutto, metterne in luce le difficoltà, con i conseguenti limiti che potranno palesarsi, ed è per questa ragione che all'argomento è dedicato spazio prevalente.

3. *Il tema della prova aliunde*

All'interno dello sconfinato tema della possibile osmosi di attività processuale da una sede giudiziale ad un'altra, la parte del leone è svolta dalla materia, affascinante ed insidiosa, della circolazione dei mezzi di prova, materia alla quale, da qui innanzi, farò riferimento utilizzando l'espressione "prova *aliunde*", intendendo con questa il risultato della prova assunta in un determinato giudizio e confluita in un altro⁵.

Già alcuni decenni orsono autorevole dottrina definiva «decisamente inarrestabile» la tendenza «al sempre più frequente impiego delle prove raccolte *altrove*»⁶ e, in ragione della estrema complessità del tema, soprattutto per la diversità di sfaccettature delle varie ipotesi al di là di «un'apparente matrice comune», dubitava della possibilità di un loro inquadramento in una disciplina unitaria⁷.

Nel corso del tempo gli studi compiuti in proposito hanno affrescato uno scenario variopinto; per alcuni vi sarebbe un "divieto assoluto" di utilizzare la prova *aliunde* quando le parti del processo in cui questa trasmigra siano diverse rispetto a quelle del giudizio in cui fu assunta e la prova sia ancora ontologicamente ripetibile⁸;

⁵ Affronta la «vasta tematica degli interscambi di prove fra procedimenti diversi» anche il lavoro monografico di R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Milano, 1992, p. 8.

⁶ Così G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, spec. p. 357.

⁷ V. *ibidem*, p. 276.

⁸ Così L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, p. 70, facendo così sorgere il dubbio che, se le due condizioni sono cumulative (identità/diversità delle parti e ripetibilità della prova), uno spiraglio potrebbe aprirsi a quel divieto dichiarato "assoluto" ove la prova non sia più ripetibile per ragioni oggettive.

secondo la dottrina sul tema⁹, sarebbe opportuna una valutazione «caso per caso»¹⁰ e, pur dovendosi riconoscere indubbiamente «una predisposizione del sistema a consentire la circolazione del materiale probatorio», il fenomeno non potrebbe ritenersi caratterizzato dall'assenza di limitazioni¹¹; fuori dal processo civile, dove pure il tema è ampiamente considerato, e nel territorio del rito ad esso più vicino, si è detto che nel processo amministrativo, «data la sua stessa peculiarità, appare problematico ammettere *de plano* il valore probatorio della prova assunta in altro processo»¹², instillando il dubbio che l'operazione, a mio avviso correttamente considerata impossibile *de plano*, potrebbe risultare meno ardita di quel che sembri una volta compiuta, invece, una serie di ragionamenti.

4. *Obiettivo del presente lavoro, premessa sul metodo e piano dell'opera*

Se quello sopra descritto in via di sintesi è il clima che si percepisce con riferimento al tema della prova *aliunde*, e se analoghe difformità di vedute e corrispondenti problemi si pongono presumibilmente anche con riguardo al più ampio profilo della trasmigrazione di materiale non soltanto istruttorio ma più in generale processuale da una sede rituale ad un'altra, si comprende l'opportunità di uno studio che cerchi di ricostruire il tema da un punto di vista generale, sistematico.

La ricerca, potenzialmente sterminata come lo è del resto ogni attività di indagine, ha portato al reperimento di materiale il più diverso, costringendomi ad abbandonare i confini del processo civile, per gettare uno sguardo al processo penale, amministrativo, tributa-

⁹ Rinvio fin d'ora, qui integralmente, a M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008.

¹⁰ V. ID., *Brevi osservazioni sul recupero istruttorio nel disegno di legge 1441 bis B*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 725 ss., spec. p. 735, ove l'affermazione è compiuta con riguardo al tema della *translatio iudicii*.

¹¹ Così ancora ID., *Il commento*, in *Il lavoro nella giur.*, 2009, p. 600 ss., spec. p. 601.

¹² V. F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, p. 386.

rio, transnazionale. A fronte di ciò, ho ritenuto di procedere non già interrogandomi singolarmente sui distinti passaggi da rito a rito, ciò che sarebbe stato non soltanto un lavoro infinito ma anche estremamente noioso (per intenderci, chiedendosi se un certo tipo di atto, compiuto nel processo civile, possa transitare nel processo penale e viceversa, se un altro, compiuto nel processo penale, possa confluire nel processo tributario, e viceversa, e via di questo passo per tutti i tipi di viaggio andata e ritorno che possiamo immaginare fra i diversi tipi di processo che conosciamo)¹³; bensì cercando di verificare se sia possibile un tentativo di ricostruzione unitaria che consenta, individuati determinati principi¹⁴, di affermare che a quelle determinate condizioni è possibile, per non dire talvolta addirittura auspicabile, l'osmosi fra giurisdizioni e, conseguentemente, la trasmigrazione di attività processuale da una sede all'altra. Se, infatti, la giurisdizione si attua «mediante il giusto processo regolato dalla legge», come prevede la nostra Carta costituzionale all'art. 111, poiché il tema del recupero di attività processuale da una sede all'altra non è disciplinato dalla legge, se non in minima parte, diviene importante anche da questo diverso angolo visuale verificare se il fenomeno, che abbiamo visto già essere stato definito “inarrestabile” e considerato da più parti della dottrina in modo trasversale fra diverse discipline, sia suscettibile di una ricostruzione rispettosa del principio del giusto processo o possa essere, invece, lesiva di principi fondamentali posti a presidio delle dinamiche processuali.

Questo modo di procedere mi è parso metodo corretto non soltanto a partire dalla già affermata comunicazione fra giurisdizioni¹⁵,

¹³ Peraltro, comprendere se le differenze principali fra i processi e i riti considerati siano un ostacolo insormontabile alla trasmigrazione di materiale processuale da una sede all'altra o meno sarà una delle indagini svolte nei capitoli successivi.

¹⁴ Sulla distinzione fra “regola” e “principio” v. R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 380 ss., spec. p. 383, ove l'a. distingue la “regola”, che descrive la fattispecie e predetermina il caso in presenza del quale essa deve essere integralmente applicata, dal “principio”, che non descrive la fattispecie, non predetermina i casi in cui riceve applicazione e può ricevere applicazione in gradi diversi a seconda delle possibilità fattuali e giuridiche in cui si trova ad operare.

¹⁵ Argomento che sarà oggetto di una trattazione più puntuale nelle prossime pagine.

ma anche considerata l'esistenza e la sempre maggiore necessità di una teoria generale del processo la quale, dal principio delle giurisdizioni comunicanti, non può che trarre rinnovato vigore. Parlare di "sistema" e di "teoria generale del processo" non deve far pensare ad un lavoro che si muova solo sul piano dell'astrazione e della ricerca fine a sé stessa, quasi un *divertissement* scientifico (se potesse mai concepirsene uno); diviene ogni giorno infatti più attuale l'esigenza che lo studioso del processo affronti temi che possano avere una ricaduta importante a livello pratico di funzionamento e amministrazione del processo e, quindi, della giustizia¹⁶.

L'analisi inizierà dagli elementi disponibili a livello di diritto positivo, poiché ritengo che il giurista debba, in prima istanza, necessariamente partire dall'attualità della norma, non solo per eventualmente sposarne la *ratio* o criticarla o per ricostruire il panorama di riferimento, ma anche al fine, prevalente, di proporre suggestioni *de iure condendo*. All'esame delle fattispecie di trasmigrazione rinvenibili nelle norme, segue una riflessione sul tema, fin qui soltanto lambito, della comunicazione fra giurisdizioni, che dell'indagine sull'osmosi fra vasi processuali è antecedente logico nonché, in certo modo, causa (perché è evidente che un'asserita assoluta impermeabilità fra giurisdizioni renderebbe utopico o fantastico qualunque ragionamento in tema di osmosi). Quindi procederò a bilanciare *pros and cons*: in prima battuta, anche perché a mio avviso meno consistenti, comincerò da questi ultimi, considerando gli ostacoli rinvenibili alla trasmigrazione di materiale processuale da un rito ad un altro (i quali, come si vedrà, sono a mio avviso di portata tale da non costituire impedimento alla circolazione); quindi, al fine di avvalorare ulteriormente la tesi dell'assenza di ostacoli di ordine logico o sistematico né pratico all'osmosi, si considereranno alcuni modelli processuali diversi dal rito civile per verificare concretamente l'assenza di bar-

¹⁶ Notava M. CAPPELLETTI, *Intervento*, in AA.VV., *Atti del VIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Pavia, 23-26 maggio 1968, Milano, 1971, XXIX, p. 207 ss., spec. pp. 213-214, che è ormai necessario «decidersi ad abbandonare certi criteri formalistici nella soluzione dei problemi pratici del diritto [...] quel che importa è derivare la soluzione del problema non da astratte premesse concettuali e formali, ma dalla consapevolezza della funzione pratica del diritto e della necessità di trovare soluzioni adeguate e corrispondenti a tale funzione».

riere che impediscano uno scambio di attività fra i diversi processi (indagine necessaria in quanto, senza un tentativo di verifica da vicino, si sarebbe dovuto dare per scontato, operazione questa proibita allo studioso, che i diversi modelli processuali non presentino peculiarità tali da impedire a monte una comunicazione fra gli stessi).

A questi primi due blocchi segue una terza parte che ho ritenuto non meno necessaria e tesa a proporre una lettura aggiornata di alcune nozioni le quali, normalmente, vengono chiamate costantemente in campo in ogni discorso sulla circolazione di materiale processuale, dandone tuttavia per acquisito il significato. Tutti questi passaggi sono indispensabili onde approntare poi alcune conclusioni – sia consentito l'ossimoro – provvisoriamente finali; l'estensione del tema, infatti, reca con sé la futura opportunità di successivi approfondimenti.

PARTE PRIMA
IMPOSTAZIONE DELL'INDAGINE
FRA ELEMENTI NOTI E NUOVE IDEE

CAPITOLO I

FATTISPECIE NORMATIVE DI TRASMIGRAZIONE DI ATTIVITÀ PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. Le prove raccolte nel processo estinto secondo l'attuale disciplina dell'art. 310, comma 3°, c.p.c. – 2. L'art. 59, comma 5°, della legge n. 69 del 2009: l'efficacia della prova a seguito di *translatio* (*iudicii, actionis* o *iurisditionis*?) e alcuni dubbi sulla giurisdizione come condizione di validità e di efficacia delle prove assunte dal giudice che ne è sfornito. – 3. Altre letture ancora in tema di art. 59, comma 5°, legge n. 69 del 2009, cercando di non perdere di vista il punto centrale: il processo traslato “continua” davanti al giudice munito di giurisdizione. – 4. Un primo sguardo oltre la staccionata (ammesso che ne esista ancor'una). – 5. Cenni a quanto accade *extra moenia*. – 6. Osservazioni sulle fattispecie considerate.

1. *Le prove raccolte nel processo estinto secondo l'attuale disciplina dell'art. 310, comma 3°, c.p.c.*

La previsione di diritto positivo cui è più frequente trovare (e fare) riferimento quando si rifletta in tema di utilizzo della prova *aliunde* è certamente quella di cui all'art. 310, comma 3°, c.p.c., in virtù del quale le prove raccolte nel processo estinto sono valutate, evidentemente dal giudice di un nuovo giudizio, a norma dell'art. 116, comma 2°, c.p.c., ovvero come argomenti di prova¹. Su questi ultimi sarà svolta nel luogo opportuno un'analisi *ad hoc* che, se

¹ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 277, indica proprio le prove in discorso al primo punto del catalogo che egli ricostruisce di prove cc.dd. *aliunde*.

compiuta ora, condurrebbe troppo oltre i limiti dell'indagine che vogliamo compiere qui ed ora; basti, per il momento e ai fini di queste pagine, affermare che, nella varietà di voci dottrinali e pur con le sfumature che esamineremo, provenienti tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, con l'espressione "argomento di prova" si intende fare riferimento ad un elemento il cui valore dimostrativo è in buona sostanza certamente diverso, e tipicamente diverso nel senso di avere un'efficacia persuasiva normalmente inferiore, rispetto a ciò che definiamo "prova".

Sulla disposizione in discorso si è espressa la migliore dottrina. Per i maestri, la prova raccolta nel processo estinto sarebbe sottoposta, nel nuovo processo, al libero apprezzamento del giudice, esclusa ogni efficacia di prova legale che, eventualmente, potesse esserle propria nel giudizio originario². Per alcuni maestri contemporanei, la prova raccolta nel processo estinto entrerebbe nel nuovo processo recando con sé tutte le caratteristiche intrinseche che le sono proprie³, ciò valendo anche per le prove legali, che conserverebbero nel nuovo processo la loro ultrattività⁴. Per altri, il giudice del nuovo processo non sarebbe vincolato dalle prove raccolte nel processo estinto e potrebbe assumerle *ex novo* per proprio conto⁵. Infine, secondo un'altra autorevole impostazione, tutti gli elementi istruttori del processo estinto avrebbero un'efficacia diminuita nel nuovo giudizio, senza distinzioni fra i diversi mezzi di prova⁶.

Esulando dal processo civile, è stato affermato che l'art. 310,

² V. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956⁵, II, p. 123; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, II, p. 210. La tesi è criticata da G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 346, perché andrebbe contro la lettera dell'art. 310 c.p.c. e, inoltre, perché non si vedrebbe per quale ragione sarebbe degradabile a prova liberamente valutabile, ad esempio, una confessione giudiziale.

³ V. S. SATTÀ, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 412; G. MONTELEONE, voce *Estinzione (processo di cognizione)*, in *Dig., disc. priv. sez. civ.*, Torino, VIII, 1992, p. 141 ss., che peraltro eccettua rispetto all'interpretazione proposta l'ipotesi del giuramento, che nel nuovo giudizio avrebbe valore di prova liberamente valutabile.

⁴ In questo senso F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2016, II, p. 265.

⁵ Così G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 352.

⁶ V. A. SALETTI, voce *Estinzione del processo*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1994, XIII, p. 15.

comma 3°, c.p.c., sarebbe applicabile anche al processo amministrativo; il giudice di quest'ultimo, pertanto, potrebbe utilizzare prove assunte in un diverso processo amministrativo estinto⁷.

L'impostazione del problema a mio avviso più convincente si ha da parte di quella dottrina che mette in luce almeno tre aspetti invece trascurati altrove. Innanzitutto, e a ben vedere, infatti, l'esistenza di una scala gerarchica dell'efficacia probatoria, che è poi l'elemento che dovrebbe dimostrare la diminuita valenza dell'argomento di prova, non è oggettivamente prevista né riscontrabile in alcuna norma di legge, al di fuori di quel vincolo predeterminato che si riconnette alle prove legali⁸. Secondariamente, ove si considerino le specifiche ipotesi menzionate dalla previsione di legge da cui è dato di desumere argomenti di prova (le risposte che le parti danno in sede di interrogatorio libero *ex art.* 117 c.p.c., l'immotivato rifiuto a concedere ispezioni *ex art.* 118, comma 2°, c.p.c., la mancata conoscenza senza gravi ragioni dei fatti di causa da parte del procuratore *ex art.* 185 c.p.c., le dichiarazioni delle parti riportate nella relazione finale del consulente tecnico d'ufficio *ex art.* 200 c.p.c.), si verifica come l'argomento di prova sia traibile, essenzialmente, da comportamenti, attivi od omissivi, delle parti; laddove, evidentemente, le prove di cui parla l'art. 310, comma 3°, c.p.c., non possono essere certo catalogate o catalogabili come «comportamenti»⁹. Infine, si deve tenere nella dovuta considerazione la circostanza che la *ratio* della norma di cui all'art. 310, comma 3°, c.p.c., è strettamente legata ai suoi presupposti, ovvero essenzialmente che il nuovo processo abbia il medesimo oggetto di quello a suo tempo estinto¹⁰.

Ed infatti, a ben riflettere, non risulta forse sufficientemente sot-

⁷ V. G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, p. 71, ove l'a. prosegue il ragionamento affermando che, per identità di logica, ciò potrebbe accadere, a suo avviso, anche nell'ipotesi in cui l'altro processo non si sia estinto.

⁸ V. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 119, ove l'a. precisa altresì l'atteggiamento della giurisprudenza, alla cui citazione rinvio, decisamente orientato a negare tale tripartizione.

⁹ Così ID., *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. pp. 121-126. Riprende l'impostazione anche M. SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1161 ss., spec. pp. 1174-1175.

¹⁰ V. M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, spec. p. 398.

tolineato come le prove raccolte nel processo estinto siano vere e proprie prove, la cui inidoneità a fondare la decisione viene derivata dalla circostanza che il processo sia giunto ad estinzione, e il cui valere come argomento di prova in un successivo giudizio deriva da una scelta compiuta dal legislatore nel vergare l'art. 310 c.p.c., ma non da ragioni di carattere sistematico o da una inidoneità ontologica a valere come altro; pertanto esse ben potrebbero avere diverso valore, se la norma venisse ritoccata.

Come si ricordava poco sopra, autorevole dottrina ha ritenuto che il giudice del nuovo processo non sia vincolato dalle prove raccolte nel processo estinto e possa assumerle *ex novo*¹¹. Ora, che il giudice non sia vincolato dalle prove raccolte nel processo estinto è dato pacifico, se consideriamo che, a rigore, in virtù del principio del libero convincimento il giudice non è “vincolato” da nessuna prova, se non da quelle legali. Ma possiamo chiederci se, a fronte dell'instaurato nuovo giudizio fra le stesse parti e sullo stesso oggetto e di una prova già assunta in esso con riferimento ad un certo fatto, il giudice, a fronte dell'opportunità di avvalersi di quella prova, debba assumerla *ex novo* ovvero possa acquisirla dal processo estinto col valore che le sarebbe stato proprio nel giudizio originario. A me pare possa optarsi per la seconda soluzione prospettata, anche nell'ipotesi – ed anzi *a fortiori* – in cui la prova fosse ripetibile, ciò che peraltro non sempre potrebbe essere (pensiamo al banale esempio del testimone escusso nel processo estinto, e poi defunto, della cui deposizione si tratti nel giudizio nuovamente instaurato).

Vorrei anzi fin d'ora spingermi più avanti, ma solo in via di pre-conizzazione, perché per sviluppare compiutamente il ragionamento occorre aver prima percorso le tappe che saranno oggetto dei successivi capitoli. L'art. 310, comma 3°, c.p.c., fa riferimento alla valutazione compiuta da un “giudice” riguardo a “prove raccolte nel processo estinto”, ma non limita l'ambito di applicazione della previsione ad un nuovo giudizio, instaurato fra le stesse parti in relazione allo stesso oggetto. Ciò che potrebbe condurci ad affermare che le valutazioni compiute intorno all'art. 310, comma 3°, c.p.c., sono estendibili alla prova raccolta nel processo estinto che possa rilevare

¹¹ Così G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 349.

eventualmente in un giudizio futuro, tra parti diverse e con oggetto diverso; naturalmente, sotto l'egida del principio del libero convincimento e del prudente apprezzamento da parte del giudice che è chiamato a valutare quella prova.

L'analisi che si andrà a svolgere nel prosieguo è funzionale alla dimostrazione della teoria anticipata.

2. *L'art. 59, comma 5°, della legge n. 69 del 2009: l'efficacia della prova a seguito di translatio (iudicii, actionis o iurisdictionis?) e alcuni dubbi sulla giurisdizione come condizione di validità e di efficacia delle prove assunte dal giudice che ne è sfornito*

All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 18 giugno 2009¹², che allo studioso del processo interessava in particolar modo per la disposizione di cui all'art. 59, si ebbe in dottrina un'inevitabile (e peraltro assai opportuna) fioritura di commenti.

Qui non si intende ripercorrere l'intero dibattito, né tantomeno la genesi, prima giurisprudenziale poi legislativa, del principio: ci basti ricordare che la previsione di cui all'art. 59 ha introdotto nel nostro ordinamento la regola in virtù della quale, ove il giudice adito in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione, il processo può essere proseguito o riassunto davanti al giudice munito di giurisdizione¹³. Ai miei fini, infatti, la norma ora in commento interessa so-

¹² V. *Gazz. uff.*, n. 140 del 19 giugno 2009, suppl. ord. n. 95.

¹³ Per la ricostruzione del percorso attraverso cui si è giunti al varo della norma in commento, rinvio a E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1537 ss.; F. CIPRIANI, *La translatio iudicii fra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249 ss.; A. GIUSSANI, *Le novità in materia di scelta del giudice nella l. n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1191 ss.; I. ZINGALES, *I "nuovi" confini della translatio iudicii*, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, p. 505 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Translatio iudicii fra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1023 ss.; C.E. GALLO, *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni*, ivi, 2007, p. 910 ss.; R. FRASCA, *Giurisdizione e translatio iudicii, problemi conseguenti*, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, p. 471 ss.; C. ASPRELLA, *La translatio iudicii. Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (l. n. 69/2009)*, Milano, 2010.

prattutto per la disposizione di cui al comma 5°, ove testualmente si prevede che «in ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1°, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova».

Il fraseggio della norma riecheggia, in maniera evidente, quello della disposizione di cui all'art. 310, comma 3°, c.p.c.; ancorché, a ben riflettere e come è stato acutamente notato, l'accostamento con l'estinzione, seppure sollecitato in via indiretta dalla lettera delle norme, si ponga in modo dissonante con l'idea di prosecuzione del processo che, invece, è evocata dall'istituto della *translatio*¹⁴.

Le interpretazioni offerte dalla dottrina divergono e tutte sono affascinanti per il percorso argomentativo che seguono e che andremo a considerare in quanto forniscano farina al mulino della tesi che si ritiene di proporre sul punto.

Autorevole dottrina, di cui peraltro anticipo di condividere l'impostazione del problema ma non la soluzione raggiunta per i motivi che dirò, esamina innanzitutto il tema della *translatio* da un punto di vista sistematico, criticando la stessa espressione di *translatio iudicii* o *translatio iurisdictionis* e affermando che sarebbe più corretto parlare di «*translatio actionis* attraverso le giurisdizioni»¹⁵, offrendo così risposta alla domanda di fondo di teoria generale del processo, ovvero se la natura giuridica del congegno traslativo sia da ascrivere ad una vera e propria *translatio iudicii*¹⁶, o se invece si tratti di una riproposizione del giudizio o dell'azione¹⁷, ovvero, ed è questa la tesi della dottrina qui ricordata, di una circolazione dell'azione in ambiti giurisdizionali diversi e attraverso distinti processi «secondo

¹⁴ Così M.C. VANZ, *Brevi osservazioni sul recupero istruttorio nel disegno di legge 1441 bis B*, cit., spec. p. 729, ove l'a. conclude che il collegamento con l'art. 310 c.p.c. dipende da un automatismo mentale, l'art. 310 c.p.c. non essendo richiamato dall'art. 59.

¹⁵ La proposta è di C. GLENDI, *Oggetto del processo e "translatio iurisdictionis"*, in *Dir. e pratica trib.*, 2013, p. 69 ss., spec. pp. 70-71.

¹⁶ Così C. CONSOLO, *La translatio iudicii fra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1267 ss.; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, p. 749 ss., spec. p. 759.

¹⁷ V. E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, cit., spec. p. 1541.

un costante modulo di collegamento variamente funzionalizzato alla preservata unità dell'azione inizialmente proposta¹⁸.

Partendo da questa premessa e dalla lettera dell'art. 59, comma 5° («in ogni caso di riproposizione della domanda» davanti al giudice munito di giurisdizione), questa dottrina ritiene arduo negare che in tutti i casi di trapasso, tempestivo o intempestivo, dall'una all'altra giurisdizione, non debba trovare applicazione la norma stessa, senza fare distinzioni dunque (che come vedremo *infra* fanno invece altri), tra «riassunzione» del processo entro il termine previsto dalla norma o meno né con la «riproposizione»¹⁹. Con specifico riguardo al tema della degradazione delle prove ad argomento di prova, si sottolinea come si stia parlando di prove raccolte davanti ad un giudice privo di giurisdizione, talché la disposizione in esame, lungi dal prevedere una *deminutio*, fornirebbe un accreditamento a livello probatorio che, diversamente, non sarebbe spettato, proprio in ragione del difetto di giurisdizione²⁰. Tutto ciò premesso, ad avviso di questa dottrina l'art. 59, comma 5°, lungi dal potersi considerare frutto di una scelta legislativa affrettata e inopportuna, è da considerare l'esito non inconsapevole di un'opzione assai apprezzabile per evitare la diseconomica dispersione di risultanze probatorie acquisite presso un giudice privo di giurisdizione e per consentire un loro adattato impiego nel processo davanti al giudice che ne è dotato, specie nell'ipotesi in cui il regime istruttorio propriamente stabilito per la decisione di merito, che il primo giudice non ha reso, non preveda l'utilizzo di prove legali²¹.

Ora, a me pare che questa assai affascinante teoria abbia un

¹⁸ Così C. GLENDI, *Oggetto del processo e "translatio iurisdictionis"*, cit., pp. 72-74.

¹⁹ V. *ibidem*, pp. 135-137.

²⁰ V. *ibidem*, pp. 138-139, ove l'a. aggiunge che, peraltro, è ormai appurato il superamento dell'idea dell'argomento di prova come prova *levior*, di per sé insufficiente a fini decisionali, mentre è stata ormai dimostrata l'erroneità di una ultrattività della prova legale nel trasferimento da un processo all'altro e della sua riducibilità a quella categoria affatto omogenea che sono i documenti, non esonerati da limiti di ammissibilità e di valenze probatorie.

²¹ Così conclusivamente C. GLENDI, *Oggetto del processo e "translatio iurisdictionis"*, cit., p. 139. Dello stesso a., v. anche *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni dell'ordinamento nazionale*, in *Dir. e pratica trib.*, 2010, p. 129 ss.

punto debole: ritenere che la giurisdizione sia una condizione di validità e di efficacia della prova assunta. Ciò che invece non mi sembra. Pensiamo a tutte le ipotesi in cui il giudice davanti al quale pende il processo, e fornito di giurisdizione, delega l'assunzione di una prova ad un altro giudice, in ipotesi di liti transnazionali anche straniero, che sulla lite potrebbe non avere giurisdizione²². Pensiamo ancora all'ipotesi, forse di scuola ma possibile ancorché non probabile, in cui il giudice di pace utilizzi per decidere nel merito una prova assunta in via preventiva dal tribunale. E altri esempi potrebbero portarsi.

Quelle indicate e altre ascrivibili alla categoria sono tutte ipotesi in cui è ammessa l'utilizzazione di una prova, valutabile come prova piena e non degradata in alcun modo, assunta da un giudice che non ha giurisdizione, cioè potere di decidere, di emettere la statuizione finale sul merito della controversia, ma a cui la legge riconosce il potere di assumere la prova. Così facendoci intuire che la giurisdizione è condizione per rendere una decisione valida sul merito, ma non è invece condizione per la valida assunzione dei mezzi di prova.

3. *Altre letture ancora in tema di art. 59, comma 5°, legge n. 69 del 2009, cercando di non perdere di vista il punto centrale: il processo traslato "continua" davanti al giudice munito di giurisdizione*

Secondo la migliore dottrina, interpretando l'art. 59 integralmente, in via generale le prove conserverebbero nel procedimento riassunto i loro effetti tipici di prova legale o di prova liberamente

²² Si pensi, per fare un esempio, all'ipotesi di una lite in materia di diritti reali immobiliari, con applicazione del criterio di determinazione della giurisdizione, normalmente esclusiva, del giudice del *locus rei sitae*; se il giudice adito delega altro ufficio giudiziario, non avente giurisdizione, all'assunzione di un mezzo di prova, neppure si immagina che questa sia invalida o inefficace perché proveniente da un giudice che non ha giurisdizione nel merito. Si potrebbe obiettare che, in un'ipotesi siffatta, la fonte di validità ed efficacia della prova assunta risieda nella norma attributiva del potere di assunzione del mezzo istruttorio in via delegata; ma, a rigore, ciò non toglie che il giudice delegato all'assunzione rimanga privo di giurisdizione nel merito ancorché legittimato all'assunzione della prova.

valutabile; e l'art. 59, comma 5°, riguarderebbe solo la vicenda processuale in cui il giudizio non sia stato ritualmente proseguito, quindi il processo si sia estinto per mancata riassunzione, e le parti abbiano dato vita ad un nuovo ed autonomo processo concernente la medesima situazione sostanziale²³. Con riferimento a questa teoria, a me pare che si possa condividere appieno la prima parte del ragionamento: se è lo stesso processo che prosegue davanti al giudice munito di giurisdizione, le prove raccolte non vengono degradate. Non condivido, invece, la seconda parte della lettura, ovvero che la degradazione avverrebbe quando le parti, a seguito di estinzione, diano vita ad un nuovo ed autonomo processo sulla "medesima situazione sostanziale"; se così è, infatti, cioè nell'ipotesi in cui vi sia identità di parti e di situazione sostanziale tra un processo e l'altro, quello originario e quello iniziato *ex novo*, non si vede perché operare una *deminutio* che appare discriminatoria rispetto alla fattispecie descritta nella prima parte del ragionamento. Così posta, la questione è del tutto assimilabile a quella che deriva dall'analoga formulazione dell'art. 310, comma 3°, c.p.c. Ora, se già *supra* ho ritenuto di interpretare i confini della norma appena richiamata in modo estensivo, sottolineando cioè che l'art. 310, comma 3°, c.p.c., non pone limitazioni con riferimento a identità di parti e/o di *petitum* e di *causa petendi* fra processo estinto (in cui si siano raccolte le prove *de quibus*) e altro processo non meglio identificato, perché la norma parla solo di "giudice" (così implicitamente rinviando ad un processo nel quale questi siede), *a fortiori* mi pare si possa affermare che un'eventuale *deminutio* sia scarsamente sostenibile quando si ragiona in termini di medesima situazione sostanziale che coinvolge le stesse parti²⁴.

Ad avviso di altra lettura proposta anch'essa dalla migliore dottrina, ove il processo venga tempestivamente riassunto davanti al

²³ In questo senso, v. S. MENCHINI, *Commento all'art. 59*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, p. 252 ss., spec. p. 261.

²⁴ Ad avviso di S. MENCHINI, *Commento all'art. 59*, cit., p. 263, il fatto che venga instaurato un giudizio diverso, del tutto autonomo ed indipendente da quello definito con la sentenza declinatoria della giurisdizione, fa venir meno «gli effetti degli atti compiuti e, in specie, quelli delle prove assunte che, a tutto concedere, possono valere come meri argomenti di prova».

giudice avente giurisdizione, le prove conserverebbero l'efficacia propria che avevano davanti al giudice privo di giurisdizione; questa regola, non sancita letteralmente dalla norma, si desumerebbe per implicito da quanto previsto dall'art. 59, comma 5°. In questo caso, infatti, la domanda viene riproposta; "riproposizione" significa proposizione *ex novo* della domanda, a seguito della mancata riassunzione tempestiva del primo processo e così della sua estinzione, e in questa ipotesi, dunque, le prove verrebbero degradate ad argomenti di prova. Nel caso invece di tempestiva riassunzione, le prove raccolte manterrebbero tutta la loro originaria valenza, ovviamente se ammissibili davanti al giudice *ad quem*²⁵.

Infine vi è anche chi, con spirito squisitamente pragmatico, afferma che l'evento dell'esame delle prove assunte da un giudice che poi ha declinato la giurisdizione abbia più natura teorica che pratica, poiché difficilmente un giudice che dubiti della propria giurisdizione si addentererà nella raccolta di prove, a meno che queste non siano necessarie a risolvere la questione di giurisdizione, trattandosi dunque di prove documentali, quindi sempre riproponibili in giudizio²⁶.

Al di là della lettera della norma, proviamo per un momento ad andare oltre le dotte analisi proposte (e rese necessarie, peraltro, da un legislatore il cui uso del linguaggio è sovente la causa prima del dover dare un senso compiuto a ciò che, invece, dovrebbe uscire già chiaro dalla penna del *conditor legum*); l'imprecisione, la confusione di cui è impastato l'art. 59 l. n. 69 del 2009 è ormai acclarata²⁷. E in questo andare oltre torniamo al punto di partenza, a uno dei punti di partenza, di cui l'art. 59 è punto di arrivo; faccio riferimento, nel-

²⁵ Così C. CONSOLO, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo "codice della giustizia amministrativa"*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 758 ss., spec. p. 765 ss. ove l'a. conclude il ragionamento affermando che, ove il giudice *ad quem* abbia il potere di assumere prove che quello *a quo* non avrebbe potuto ammettere, si dovranno concedere alle parti nuove istanze nei termini e modi regolati dal rito applicabile alla giurisdizione "di arrivo".

²⁶ In questo senso P. SANDULLI, *La translatio secondo la l. n. 69/2009 e il codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 726 ss.

²⁷ Efficace la sintesi di E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, cit., p. 1541, secondo cui certi passaggi della norma sono «frutto di una piramidale (e in qualche misura anche comica) confusione di idee».

lo specifico, alle parole utilizzate dalla Cassazione nella sua celeberrima pronuncia a sezione unite dalla quale (anche se non soltanto) ha preso le mosse l'elaborazione di idee che ha portato alla norma qui in commento.

In quella pronuncia la Suprema Corte ha ritenuto che, «in base ad una *lettura costituzionalmente orientata* della disciplina della materia», si possa considerare entrato nell'ordinamento il principio della *translatio*; la quale, nella lettera delle sezioni unite, «*consente al processo di poter continuare* davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione onde dar luogo ad una pronuncia di merito che concluda la controversia processuale, comunque iniziata, realizzando in modo più sollecito ed efficiente quel servizio giustizia costituzionalmente rilevante» (mio il corsivo)²⁸. La *translatio* da un giudice ad un altro ha dunque come fine, come obiettivo, la continuazione del processo. Questa affermazione per ora non è sufficiente a supportare ulteriori conclusioni, che richiedono altre analisi preliminari, tuttavia il punto è importante: in tutte le ipotesi di *translatio*, il processo continua davanti ad un giudice diverso rispetto a quello davanti al quale era iniziato; se così non fosse, sarebbe una cosa diversa, un altro processo²⁹.

Un elemento, peraltro, sembra fuori discussione. Se è vero, come è, che l'art. 59, comma 2°, dispone che restano ferme le preclusioni e le decadenze intervenute nel processo chiusosi con la pronuncia di difetto di giurisdizione, come ammettere che in un processo, successivamente instaurato, valgano le preclusioni e le decaden-

²⁸ Così Cass., sez. un., sent. n. 4109 del 22 febbraio 2007, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1577 ss., e in *Foro it.*, 2007, I, c. 1009 ss. V. il commento di A. PANZAROLA, "Translatio iudicii" e dichiarazione di difetto di giurisdizione, in AA.VV., *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di R. Martino, Milano, 2008, p. 183 ss.

²⁹ Altra suggestiva lettura è quella proposta da M. BOVE, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, a cura di M. Bove, A. Santi, Matelica, 2009, spec. p. 24. A proposito dell'art. 59, l'a. spiega come il meccanismo approntato dalla norma non si sostanzia tanto nella *salvezza* degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta originariamente di fronte al giudice "sbagliato", bensì nella *retrodatazione* degli effetti della nuova domanda proposta davanti al giudice "giusto". *Rebus sic stantibus*, ad avviso dell'a. può anche ammettersi che le prove raccolte davanti al giudice sfornito di giurisdizione valgano come argomenti di prova di fronte al giudice che ha giurisdizione.

ze maturate in altro e diverso processo, precedentemente instaurato e ormai chiuso? E, se così fosse, come potrebbe la parte, nel secondo processo, assolvere all'onere probatorio se, esperite le prove ed impossibilitata a farlo nel secondo, le prove assunte dal giudice privo di giurisdizione possono valere solo come argomenti di prova di fronte al giudice che dovrà rendere la pronuncia sul merito³⁰?

A queste domande potrebbe forse dare una risposta l'idea sopra proposta, ovvero che si abbia una continuazione del processo a seguito della *translatio*, non potendosi dunque parlare di due processi o giudizi, bensì del medesimo processo che, iniziato davanti ad un giudice carente di giurisdizione, prosegue davanti al giudice che ne è munito, e ciò indipendentemente dalla circostanza che la prosecuzione avvenga entro i termini previsti dalla norma ovvero successivamente.

Un'altra ricostruzione assai affascinante distingue in relazione alle prove, partendo dalla lettera della norma. Ad avviso di questa dottrina, premesso che la "riassunzione" presuppone la litispendenza mentre la "riproposizione" postula la conclusione del processo originario con conseguente cessazione della litispendenza, l'art. 59 andrebbe così interpretato: la parte può tempestivamente riassumere il processo davanti al giudice avente giurisdizione o, scaduto il termine, riproporre la domanda davanti a quest'ultimo, con retrodatazione degli effetti ove la riproposizione avvenga entro i tre mesi. Ora, partendo da questa distinzione, ne deriverebbe che il giudice davanti a cui il processo è riassunto potrà porre a fondamento della decisione le prove assunte prima della riassunzione, le quali manterrebbero intatte efficacia e natura, come se fossero state assunte direttamente da lui, non potendosi applicare la degradazione di cui all'art. 59, comma 5°, che riguarderebbe invece tutte le ipotesi in cui la domanda sia riproposta in un secondo giudizio³¹. La ricostruzio-

³⁰ Si pone queste domande M. BOVE, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, cit., p. 24. La degradazione delle prove ad argomenti di prova in seguito alla *translatio* è «alquanto discutibile» anche per L.P. COMOGLIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 521 ss., spec. p. 535.

³¹ Così G. RUFFINI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2011, spec. p. 815.

ne ora proposta non convince a mio avviso del tutto, ancorché ne siano ben salde le fondamenta, sfuggendomi come sia possibile operare questa distinzione legittimamente: se il processo riproposto è il medesimo, ciò che dobbiamo dare per presupposto altrimenti non sarebbe corretto utilizzare il termine “riproposizione”, mi sembra arduo giustificare come un identico mezzo di prova assunto da uno stesso giudice secondo certe modalità sia considerato avere una determinata efficacia ove la sede processuale in cui viene valutato sia quella della riassunzione e, invece, un'altra efficacia ove la sede sia quella della riproposizione, posto che tra le due, data l'identità contenutistica dell'azione, l'unica differenza che residua parrebbe di ordine meramente temporale.

Ed infatti, a ben vedere, la degradazione da prova ad argomento di prova non è posta dalla norma in via automatica, bensì eventuale. Come è stato efficacemente notato, l'art. 59, comma 5°, prevede che tali prove “possono” essere valutate come argomenti di prova, dunque non sarebbe irragionevole ipotizzare che le prove legittimamente raccolte in un giudizio in equilibrato contraddittorio fra le parti interessate possano essere recuperate appieno, compatibilmente con la struttura istruttoria del nuovo alveo giurisdizionale³² (aspetto quest'ultimo che, per evidenti ragioni, sarà trattato autonomamente *infra*).

4. *Un primo sguardo oltre la staccionata (ammesso che ne esista ancor'una)*

Collocata in modo non casuale al di fuori del codice di procedura civile, la norma di cui all'art. 59 legge n. 69 del 2009 conosce alcuni simili; il fenomeno dell'influenza fra discipline processuali è troppo noto per indagarlo in questa sede, dove ci basterà ricordare che il c.d. codice del processo amministrativo, questa sì novità potente ai tempi della sua introduzione, prevede l'istituto della *translatio* disciplinandolo, in particolare, all'art. 11 del d.lgs. n. 104 del

³² Così M.C. VANZ, *Brevi osservazioni sul recupero istruttorio*, cit., p. 735.

2 luglio 2010. Nell'analogia di fondo fra le due disposizioni, spicca qualche differenza³³, la principale delle quali può essere ravvisata nell'articolata disciplina che l'art. 11 c.p.a. dedica alle misure cautelari. In particolare, l'art. 11, comma 7°, c.p.a., prevede che le misure cautelari pronunciate dal giudice che ha declinato la propria giurisdizione perdano efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione; prevede cioè che, in altri termini, la misura cautelare emessa dal giudice che difetta di giurisdizione conservi la propria efficacia, nonostante la declinatoria, per il termine fissato. Ora, questa disposizione offre qualche elemento di riflessione anche con riguardo al tema della prova. Se, infatti, si può concepire concettualmente, e prevedere peraltro normativamente (ma le due cose non necessariamente vanno sempre insieme), che un provvedimento come quello cautelare, questo sì esercizio di funzione giurisdizionale e di potestà statale, conservi i propri effetti benché pronunciato da un giudice che non aveva il potere di emetterlo, *a fortiori* non dovrebbe provocare alcuno scandalo l'"ultrattività", per così dire in senso atecnico, del mezzo di prova assunto da un giudice sfornito di giurisdizione; lasciando poi al giudice avente giurisdizione di valutare se quello strumento probatorio è efficace e con quali limiti, ovvero procedere a nuova e diversa istruzione.

Il principio della *translatio iudicii*, poi, troverebbe applicazione anche in materia fallimentare, e ciò è avvenuto ancor prima che fosse introdotta la norma generale di cui all'art. 59 della legge n. 69 del 2009. A ben vedere, tuttavia, la *translatio* di cui si occupa la disciplina fallimentare riguarda ipotesi di trasferimento della causa a seguito di questioni di incompetenza e non di difetto di giurisdizione. Infatti, l'art. 9-bis della legge fallimentare, introdotto dall'art. 8 del d.lgs. n. 5 del 2006, stabilisce che in seguito alla dichiarazione di incompetenza del tribunale che abbia dichiarato il fallimento, gli atti devono essere trasmessi al giudice ritenuto competente, affin-

³³ V. *ex multis* P. SANDULLI, *La translatio secondo la l. n. 69/2009 e il codice del processo amministrativo*, cit., p. 726; M. MAZZAMUTO, *La translatio iudicii si "schiude"*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 660; D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, in AA.VV., *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 1117 ss., spec. p. 1140 ss.

ché la procedura possa proseguire davanti a quest'ultimo; il giudice, ove non richieda il regolamento di competenza d'ufficio, «dispone la prosecuzione della procedura fallimentare» (così l'art. 9-bis, comma 2°, l. fall.), restando salvi «gli effetti degli atti precedentemente compiuti», come recita il successivo comma 3°³⁴.

Infine, non si può non accennare al tema della *translatio* con riguardo ai rapporti fra giudice e arbitro o, se si preferisce, tra giurisdizione e arbitrato. Come è noto, interpellata da un'ordinanza del Tribunale di Catania³⁵ il quale, ripercorrendo i noti passaggi giurisprudenziali che hanno preparato la strada all'introduzione nel nostro ordinamento del principio della *translatio iudicii*³⁶, nonché gli snodi normativi (e cioè dapprima l'art. 59 della legge n. 69 del 2009 e poi l'art. 11 c.p.a., unitamente al disposto di cui all'art. 819-ter, comma 1°, c.p.c., alla luce del quale i rapporti fra giudice e arbitro sono riconducibili al tema della competenza), chiedeva se fosse costituzionalmente legittimo l'art. 819-ter, comma 2°, c.p.c., ove prevedeva che non si applicasse l'art. 50 c.p.c. nei rapporti fra giudice e arbitro, la Corte costituzionale ha accolto la censura: risultando co-

³⁴ Sul tema rinvio per tutti a G. BONGIORNO, *Applicabilità del principio della translatio iudicii in materia fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 837 ss., spec. pp. 841-843; ad avviso dell'a., desta perplessità la forzatura evidente della norma in commento e consistente nel conservare l'efficacia degli atti compiuti dal giudice incompetente e quindi, in specie, della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza. Attraverso questa previsione, prosegue l'a., il legislatore ha ritenuto di ovviare agli inconvenienti provocati dalla declinatoria di nullità della dichiarazione di fallimento pronunciata da tribunale incompetente, ed è evidentemente «proprio e solo in virtù del fenomeno della *trasmigrazione del processo* che può affermarsi la validità degli atti compiuti davanti al tribunale fallimentare incompetente» (v. p. 843) (mio il corsivo a voler sottolineare, pur nella diversità di situazioni rispetto alla *translatio iurisdictionis*, che è ad avviso dell'a. lo stesso processo, il medesimo giudizio a trasmigrare).

³⁵ V. Trib. Catania, ord. 26 giugno 2012, IV sez., in *Corr. merito*, 2013, p. 393 ss.

³⁶ Cioè, segnatamente, la pronuncia delle sezioni unite n. 4109 del 22 febbraio 2007, già sopra ricordata, la sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 12 marzo 2007 (con cui è stata dichiarata incostituzionale la norma di cui all'art. 30 legge Tar ove non prevedeva che gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservassero nel processo proseguito davanti al giudice fornito di giurisdizione, e infine la pronuncia della Consulta n. 376 del 28 novembre 2001 (con cui fu riconosciuto il potere dell'arbitro di sollevare questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che il giudizio arbitrale non sia diverso da quello che si svolge davanti agli organi dello Stato).

sì applicabile al rapporto fra arbitrato e processo la disciplina di cui all'art. 50 c.p.c. e, quindi, la possibilità di *translatio iudicii* nell'ipotesi di erronea individuazione del giudice, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda³⁷.

5. *Cenni a quanto accade extra moenia*

Il tema della trasmigrazione di attività processuale e probatoria da una sede ad un'altra è non soltanto avvertito ma disciplinato, in modo ora più e ora meno compiuto, in ambito europeo e transnazionale. Dal primo, come ha sottolineato la migliore dottrina, pare venire una chiara indicazione al fine di privilegiare l'effettività dell'indagine cui il tema della assunzione e valutazione delle prove è strumentale³⁸.

Il passo più significativo in questa direzione è rappresentato dal regolamento Ce n. 1206 del 2001 sulla cooperazione giudiziaria nell'assunzione delle prove civili³⁹. L'idea di fondo del regolamento è che ciascun giudice appartenente ad uno Stato membro possa con-

³⁷ V. Corte cost., sent. 19 luglio 2013, n. 223, in *Giur. it.*, 2014, p. 1381 ss., con nota di C. ASPRELLA, *Translatio iudicii nei rapporti fra arbitrato e processo*. Più in generale, sul tema dei rapporti fra giudice e arbitro, v. la ricostruzione di C. RASIA, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. Carpi, M. Taruffo, Pavia, 2015, *sub art.* 819-ter; mi limito qui a ricordare che la tesi dell'eccezione di compromesso quale eccezione di rito, in specie di competenza, è oggi confermata dalla giurisprudenza costante (v. le pronunce citate dall'a.) della Suprema Corte.

³⁸ Così P. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, in AA.VV., *Atti del Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, Bologna, 2006, p. 91 ss., spec. p. 109.

³⁹ La letteratura sul tema è sterminata, mi limito a rinviare qui per tutti a N. TROCKER, *Note sul regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, p. 670 ss.; P. BIAVATI, *Problemi aperti in materia di assunzione delle prove civili in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 425 ss.; A. GIUSSANI, *L'esibizione di documenti situati nello spazio giudiziario europeo*, *ivi*, 2002, p. 867 ss.; R. BONATTI, *Sovranità nazionale e leggi processuali nell'armonizzazione del diritto delle prove in Europa*, *ivi*, 2004, p. 211 ss.; L. FUMAGALLI, *La nuova disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2002, p. 327 ss.

tattare direttamente il proprio collega di un altro Stato membro per richiedere assistenza e accordarsi sulle modalità di assunzione della prova; alla base del sistema del regolamento, infatti, vi è la regola essenziale (ancorché implicita) per cui gli atti istruttori compiuti dall'autorità giudiziaria richiesta in applicazione del proprio diritto nazionale sono equivalenti rispetto a quelli che avrebbe compiuto il giudice richiedente in applicazione della *lex fori*. Il principio, noto ai frequentatori delle discipline europeistiche, fonda l'intera materia della cooperazione giudiziaria fra Stati membri all'interno di uno spazio giuridico che si considera (ed è) unitario⁴⁰. Ora, è a tutti noto che ogni ordinamento è differente dall'altro, ogni Stato membro conosce un proprio novero di mezzi di prova e di indagine processuale che, normalmente, è diverso, ancorché affine, a quello degli altri Stati membri. È evidente che, laddove ci si fermasse davanti ad un dato meramente formale, *id est* il pensiero di far entrare in un certo ordinamento una prova assunta altrove e che non è nota all'ordinamento ricevente, il regolamento cesserebbe di funzionare. E infatti, come è stato ben sottolineato, soltanto mezzi di prova presenti in un ordinamento e che confliggessero in modo radicale con le esigenze del diritto di difesa e del giusto processo potrebbero risultare non utilizzabili per l'accertamento di fatti all'estero; allo stesso tempo, e questo è il dato che più rileva ai nostri fini, occorre dare al mezzo di prova raccolto all'estero la valenza più forte sotto il profilo dell'effettività, nel senso che il giudice *a quo* deve tenere conto degli effetti probatori che il mezzo di prova è in grado di conseguire all'estero, se più estesi di quelli che vengono riconosciuti dalla *lex fori*⁴¹.

Un'altra interessante forma di collaborazione e di circolazione di attività processual-procedimentale è dato ritrovare nel regola-

⁴⁰ Per una descrizione del sistema istituito dal regolamento, v. R. BONATTI, *Il regolamento Ce n. 1206 del 2001 sulla cooperazione giudiziaria nell'assunzione delle prove civili*, in P. BIAVATI, M. LUPOI (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2015, p. 155 ss.

⁴¹ Sono riflessioni di P. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, cit., pp. 115-116, ove l'a. poi ricorda come le diverse tipologie di prova fra Stati membri differenti si radicano comunque in un contesto originario che è già rispettoso delle garanzie fondamentali e che non potrebbe non esserlo, stante la comune vigenza fra tutti gli ordinamenti europei dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

mento di poco successivo, il reg. Ce n. 1 del 2003, in materia di concorrenza, la cui *ratio* consiste, essenzialmente, nell'approntare una migliore regolamentazione del mercato ed evitare distorsioni anti-concorrenziali; la previsione di norme procedurali è funzionale a questo obiettivo⁴². Premesso che il regolamento ora in discorso disciplina solo la fase precontenziosa davanti alla Commissione e alle autorità garanti nazionali, quindi una fase non giurisdizionale, è da sottolineare come esso, nel quadro di un'intensa cooperazione fra i diversi soggetti chiamati ad applicare il diritto europeo *antitrust*, preveda molteplici forme di scambio di elementi probatori, fra cui la trasmissione di documenti raccolti nelle indagini dalla Commissione alle autorità garanti e viceversa (art. 11), la facoltà per Commissione e autorità garanti di scambiare e utilizzare come mezzi di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate (art. 12), la facoltà per i giudici degli Stati membri di richiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso (art. 15). Dal complesso delle norme ricordate emerge il risultato di un'ampia circolazione fra diversi poteri, ora giurisdizionali e ora amministrativi, di una serie alquanto varia di elementi funzionali all'accertamento dei fatti; elementi rispetto ai quali la possibilità di individuare a priori un catalogo è sostanzialmente vana⁴³.

Due dati emergono, su tutti, nel sistema del regolamento. Il primo: pare potersi cogliere, in chiave sistematica e con riferimento anche ai procedimenti di carattere giurisdizionale, un atteggiamento di favore del legislatore europeo a che una prova venga raccolta in uno Stato membro secondo le procedure previste dalla legge di quello Stato, ma possa essere valutata indifferentemente da qualsiasi giudice dell'Unione⁴⁴. Il secondo: il sistema approntato comporta un pro-

⁴² V. R. BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 193 ss., spec. pp. 195-196.

⁴³ Così P. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, cit., pp. 110-111. Anche M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 22, sottolinea come il regolamento Ce n. 1 del 2003 non solo autorizzi la circolazione del materiale istruttorio nel procedimento *antitrust*, ma lo legittimi anche fra autorità e poteri diversi, amministrativi e giurisdizionali.

⁴⁴ V. R. BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, cit., p. 205.

gressivo sfumare dei confini fra accertamento amministrativo e accertamento giurisdizionale, in cui il dato della distinzione formale si svuota rispetto alla continuità sostanziale⁴⁵.

A fronte di questo panorama, e con la prudenza che la delicatezza del tema impone, pare potersi affermare che, a livello transnazionale⁴⁶, il solco aperto e tracciato dai regolamenti Ce n. 1206 del 2001 e n. 1 del 2003 conduca verso la rimozione degli ostacoli giuridici esistenti che impediscono o rendono più difficile l'utilizzazione di una prova in uno Stato membro diverso da quello da cui la prova origina, così che la prova, comunque e dovunque formata, possa liberamente muoversi nell'Unione, per essere fruibile da altri giudici nazionali o da altre autorità amministrative⁴⁷. Dall'altra parte, tuttavia, pur riconoscendo che in un'ottica transnazionale vi sono chiari segni di una tendenza volta a limitare l'operatività di norme di esclusione⁴⁸, non si può pensare che sia ipotizzabile l'ammissione indiscriminata di qualsivoglia mezzo di prova o, per dirla altrimenti, attribuire legittimità alla prova *aliunde* esclusivamente in nome del diritto alla prova a prescindere da ogni altro ordine di considerazioni⁴⁹.

⁴⁵ V. ancora P. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, cit., pp. 112-113, ove l'a. evidenzia anche il pericolo che si vada troppo oltre in questa direzione, e possa rendersi necessario recuperare, sul piano della tutela, qualche garanzia che potrebbe andare perduta.

⁴⁶ Un posto a sé occupa il tema dell'istruzione probatoria presso le corti penali internazionali. In questa sede mi limito a ricordare la migliore dottrina che ha sottolineato come i sistemi di giustizia penale internazionale non conoscano una disciplina organica del diritto delle prove né, tantomeno, contemplino un catalogo legale delle fonti di prova introducibili in giudizio; ciò comporta che, qualora non vi sia un divieto esplicito, i sistemi in discorso tendano a «recuperare in modo onnivoro qualunque elemento informativo esistente»; v. per tutti M. CAIANIELLO, *Ammisione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, Torino, 2008, spec. pp. 123 ss. e 190 ss.

⁴⁷ In questo senso, v. R. BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, cit., spec. p. 213.

⁴⁸ V. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 49; E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, p. 549 ss.; G. UBERTIS, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 489 ss.

⁴⁹ Così M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. p. 50. Il rilievo è tanto più importante se, dal processo civile, ci si sposti nel territorio del processo penale. Come già sottolineato dalla migliore e più risalente dot-

6. Osservazioni sulle fattispecie considerate

Le pagine che precedono sono accorpabili, nel ragionamento che intendo compiere, ove si guardi ad un elemento che le accomuna: tutte muovono da una norma di legge, ora interna ora sovranazionale, che ha ritenuto di affrontare il tema della possibilità che un atto processuale, nella specie e nella maggior parte dei casi di natura probatoria, venga compiuto in un determinato contesto ambientale e poi si trovi, o perché è così *ab origine* (è il caso, per esempio, della prova assunta all'estero in base al regolamento Ce n. 1206 del 2001) o per un fatto sopravvenuto (è questa invece l'ipotesi, ad esempio, del processo traslato ai sensi dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009 o dell'art. 11 c.p.a.), ad esplicitare i propri effetti in un contesto processuale o procedimentale diverso rispetto a quello in cui è stato formato.

Al di là di altre differenze che certo possono riscontrarsi fra le ipotesi sopra ricordate, ve n'è una alla quale a me pare debba darsi rilievo preminente: mi riferisco, in particolare, al profilo della giurisdizione. In altri termini, non sembra operazione corretta, dal punto di vista logico e quindi giuridico, radunare le ipotesi sopra ricordate sotto un'unica bandiera, senza sottolineare come vi sia una differenza fondamentale che, a mio avviso, deve essere tenuta presente in ordine ai ragionamenti che andranno a compiersi in prosieguo. Infatti, non si possono porre sullo stesso piano, per fare un esempio lampante, la norma di cui all'art. 310, comma 3°, c.p.c., e l'art. 59, comma 5°, legge n. 69; la prima, infatti, si occupa di prove assunte da un giudice che ha giurisdizione (e che poi, in base a quanto prevede la legge in materia di estinzione del processo, cessa di occuparsi della lite perché si verifica una delle fattispecie previste); la secon-

trina, infatti, per potersi utilizzare in un processo penale interno un atto probatorio assunto all'estero, non è sufficiente che tale atto risulti compiuto conformemente alle leggi dello Stato in cui lo si è assunto, ma occorre altresì che sia conforme alle garanzie difensive previste dalle norme sulle prove penali nel nostro ordinamento; v. G. CONSO, *La natura giuridica delle norme sulle prove*, in AA.VV., *Atti del VIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Pavia, 23-26 maggio 1968, Milano, 1971, XXIX, p. 141 ss., spec. pp. 153 e 156 ove l'a. aggiunge che, proprio perché norme di garanzia, le norme sulle prove penali non consentono applicazioni analogiche di sorta.

da, invece, disciplina l'efficacia di prove che sono state assunte da un giudice privo di giurisdizione, cioè sfornito del potere di decidere (tant'è che il processo trasla, trasmigra, davanti al giudice cui appartiene la giurisdizione).

A questo profilo si era già fatto sopra, quasi *per incidens*, un breve cenno. È ora tempo di sviluppare il tema in modo più ampio per comprendere se esso sia in grado di comportare qualche conseguenza sul tema oggetto di questo studio oppure no; in altri termini, dobbiamo ora pesare la giurisdizione, per capire se e quanto sia in grado di spostare l'ago della bilancia del nostro ragionamento o se, invece, il piatto dell'effettività e del raggiungimento del risultato da parte del processo abbia il sopravvento.

CAPITOLO II

INTORNO AL CONCETTO DI GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. La mutevolezza della nozione di “giurisdizione” nel tempo. – 2. In principio fu l’incommunicabilità. – 3. Poi intervennero le pronunce giurisprudenziali. – 4. E infine fu la volta del legislatore. L’art. 59 l. 69 del 2009 e alcuni suoi possibili (o inevitabili?) corollari. – 5. Alcuni istituti processuali alla prova della *translatio*. – 6. Zone d’ombra che ancora residuano.

1. *La mutevolezza della nozione di “giurisdizione” nel tempo*

Nelle pagine introduttive è stato sfiorato il tema relativo alla giurisdizione: a seconda di come essa venga concepita, di quali limiti le si attribuiscono, di quale permeabilità le si riconosca, cambiano anche le considerazioni che è possibile svolgere intorno al tema oggetto di questo lavoro. E viceversa: a seconda dell’intensità che si ritenga di poter riconoscere al fenomeno della trasmigrazione di attività processuale da una sede processuale ad un’altra, cambia la nozione di giurisdizione relativamente ai profili suaccennati (contenuto, limiti, permeabilità da e verso l’esterno).

Tutto questo conduce ad una prima constatazione, semplice quanto imprescindibile. La nozione di “giurisdizione” è *relativa*¹;

¹ Per tutti v. N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle corti*, in AA.VV., *Corti europee e giudici nazionali*, in *Atti del XXVII Convegno dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2011, p. 5 ss., spec. p. 5, ove l’a. muove dal rilievo secondo cui “giustizia” e

benché la si possa ancora concepire come una funzione dello Stato², sono profondamente mutate non soltanto le sfumature e i contorni, ma anche la sostanza del concetto. Per dirla con parole della Suprema Corte, l'evoluzione che nell'ultimo ventennio si è avuta nel quadro legislativo di riferimento, a livello ordinario e costituzionale, denota l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione, intesa non più come espressione della *sovranità* statale ma come *servizio* alla collettività, in ciò accompagnata dalla simmetrica emersione dell'esigenza di sburocratizzare la giustizia. In questa mutata prospettiva, l'obiettivo dell'attività giurisdizionale diviene «l'*efficienza* delle soluzioni e la *tempestività* del prodotto-sentenza», in un nuovo contesto in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza³.

Sulla scia evidenziata da tempo dalla migliore dottrina⁴, anche la giurisprudenza riconosce come, negli anni, i vari ordini di giudici esistenti abbiano visto sempre più sfumare il loro iniziale carattere di mondi autonomi e separati, non comunicanti fra loro e ispirati a meccanismi su cui le parti non potevano influire⁵; l'esperienza giuridica contemporanea è piuttosto nel segno di sistemi giurisdizionali statuali divenuti intercomunicanti e tendenzialmente fungibili⁶. E se ciò che sin qui si è ricordato è stato affermato avendo riguardo, pre-

“giurisdizione” sono nozioni che, nel tempo e nello spazio, hanno assunto valenze e significati diversi. Più recentemente, ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, spec. p. 165 ss.; e G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827 ss.

² V. N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle corti*, cit., p. 9.

³ V. Cass., sez. un., sent. n. 24883 del 9 ottobre 2008, in *Giur. it.*, 2009, con note di A.M. SOCCI e M. VACCARELLA. Nel senso del superamento della giurisdizione come “emanazione di sovranità” e della giustizia come “monopolio esclusivo dello Stato”, v. ancora N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle corti*, cit., p. 9; C. GLENDI, *Oggetto del processo e “translatio iurisdictionis”*, cit., p. 122, per cui «la giurisdizione ormai non è più considerata quale manifestazione di *imperium* bensì quale luogo di tutela delle posizioni giuridiche soggettive azionabili»; G. DE MARZO, *Il Commento*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 814 ss., spec. p. 814.

⁴ V. P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, cit., spec. p. 155 ss.

⁵ V. Cass., sez. un., sent. n. 24883 del 9 ottobre 2008, cit.

⁶ V. N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle corti*, cit., p. 30.

valentemente, alla giurisdizione italiana nei confronti degli ordinamenti stranieri, ciò che è avvenuto a livello interno nell'ordinamento a seguito dell'evoluzione prima giurisprudenziale e poi normativa in tema di *translatio iudicii* (che andrò sinteticamente a ripercorrere *infra*), fa sì che un ragionamento analogo possa essere compiuto a livello tutto interno: la giurisdizione non è più la sfera di potere attribuita ai giudici nei rapporti con giudici di ordine diverso ma un sistema unitario, formato da una pluralità di giudici, avente la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi⁷.

2. In principio fu l'incomunicabilità

Come è noto, nel nostro ordinamento ancora si distingue tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali, in particolare amministrativa, ora con riguardo alla materia e ora con riguardo alla natura della posizione giuridica soggettiva per cui si richiede tutela; e con sempre maggiore frequenza negli ultimi anni si è posto il problema dell'attualità di questa distinzione e, quindi, dell'opportunità del suo mantenimento in vita ovvero della sua soppressione, in vista di un'unificazione delle giurisdizioni. Il tema è assai ampio. Qui basti recuperare alcuni argomenti significativi ai fini del ragionamento che si ritiene di svolgere.

Andrioli, primo fra i processualisti, parlò in tempi non sospetti di *translatio iudicii* fra il giudice ordinario e il giudice speciale, partendo dal principio fondamentale per cui aspirazione del processo è concludersi con la pronuncia di una sentenza di merito⁸. La migliore

⁷ Così G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 2002, p. 83 ss.; L. CAPO, *Prime applicazioni nel processo tributario del principio della translatio iudicii tra giudici di ordine diverso introdotto dalla Corte costituzionale*, in *Dir. trib.*, 2009, p. 1822 ss., spec. p. 1826.

⁸ V. V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1622 ss. Come infatti ricorda R. ORIANI, *Giudice ordinario, giudice speciale, "translatio iudicii"?*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1463 ss., spec. p. 1466, fu Andrioli l'estensore della nota sentenza della Consulta (Corte cost. n. 220 del 16 ottobre 1986, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2669 ss.) ove si legge che «il giusto processo civile viene celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che

dottrina ha poi affrontato il tema con la prudenza da esso richiesta e, anche a fronte dell'allora affermata (solo in via giurisprudenziale) *translatio iudicii*, ritenne che ricavarne l'unificazione della giurisdizione civile e di quella amministrativa, ai fini dell'applicazione della disciplina del codice di rito civile relativa a litispendenza, continenza e connessione, fosse una tesi palesemente rivoluzionaria rispetto al principio della separazione tra le giurisdizioni, considerato fino a qualche lustro addietro come intangibile⁹. Il cammino intrapreso dalla giurisprudenza, tuttavia, aveva stimolato le opinioni della dottrina ricordate ed era destinato a non fermarsi. Fu la stessa Consulta ad affermare che «il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi, comprensibile in altri periodi storici quale retaggio della concezione c.d. patrimoniale del potere giurisdizionale e conseguenza della progressiva vanificazione dell'aspirazione del neo-costituito Stato unitario all'unità della giurisdizione, è certamente *incompatibile*, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionalmente tutelati»¹⁰.

La pluralità di giudici, avvertita non più come offerta di una pluralità di tutele al cittadino ma come possibile ostacolo all'ottenimento della tutela in ipotesi di errore nella scelta del giudice, diviene

non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti [...] ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto [...].»

⁹ Così E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 693 ss., spec. p. 699, ove l'a. peraltro concludeva nel senso che occorre interrogarsi sulla positività o meno della prospettiva, dando *de iure condendo* una risposta che a suo avviso avrebbe potuto essere negativa. Nel prosieguo del lavoro (p. 700) l'a. ha una felice intuizione quando, dopo aver ribadito che a suo avviso «manca in radice lo spunto per qualsiasi tentativo di *reductio ad unum* tra le giurisdizioni», afferma che, se si ammette la *translatio iudicii* in genere tra giudice ordinario e giudici speciali, lo slancio proseguirà in altre direzioni, per esempio quella della giustizia tributaria (che è ciò che poi si è verificato, come noto, nella lettera della norma di cui all'art. 59, l. n. 69 del 2009, su cui si tornerà *infra*).

¹⁰ V. Corte cost., sent. n. 77 del 12 marzo 2007, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1577 ss., e in *Foro it.*, 2007, I, c. 1009 ss., punto 5 della motivazione. Ricorda l'incomunicabilità fra giudici appartenenti ad ordini diversi come il punto di partenza nel nostro ordinamento di ogni dibattito in tema di giurisdizione anche G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81 ss., spec. p. 81; e M.C. VANZ, *Il funambolico confine tra giurisdizioni: piccole note sull'art. 59, L. n. 69 del 2009*, in *Il lav. nella giur.*, 2010, p. 9 ss., spec. p. 10, ove l'a. descrive le diverse giurisdizioni come «mondi circoscritti segnati da una mutua incomunicabilità».

sempre meno digeribile e vista come bisognosa di un nuovo assetto nei rapporti reciproci: allo Stato di diritto, infatti, ripugna l'idea della perdita della posizione giuridica soggettiva causata da una sentenza in rito che rigetti la domanda per ragioni riguardanti la giurisdizione¹¹; e si arriva così al riconoscimento, inizialmente appunto in via pretoria, del principio della *translatio iudicii* fra giurisdizioni interne all'ordinamento.

3. Poi intervennero le pronunce giurisprudenziali

Le pronunce cui si fa ora riferimento in via sintetica (perché a tutti note) non sono precedenti isolati, ma espressione di un orientamento condiviso dalla dottrina prevalente¹².

Le prime ad affermare il principio furono le Sezioni Unite, ad avviso delle quali una lettura costituzionalmente orientata sanciva l'ingresso nel nostro ordinamento del principio della *translatio iudicii*, consentendo al processo di poter continuare davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione onde dar luogo ad una pronuncia di merito che ponga termine alla lite, comunque iniziata, realizzando in modo sollecito ed efficiente il servizio giustizia¹³.

Opportunamente fu il giudice delle leggi, poche settimane più tardi, a rafforzare la suaccennata lettura costituzionalmente orien-

¹¹ V. M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1591 ss., spec. pp. 1593-1594.

¹² Così D. TURRONI, che le annota, in *Giur. it.*, 2007, p. 2253 ss., spec. p. 2258 ove l'a. afferma di ritenere l'orientamento non solo prevalente, ma anche "di buon senso". *Ex multis*, mi limito a ricordare R. ORIANI, *È possibile la "translatio iudicii" nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, c. 1013 ss., spec. c. 1020; C. GLENDI, *"Translatio iudicii" tra diverse giurisdizioni: problemi pratici e prospettive "in apicibus"*, in *Riv. giur. trib.*, 2007, p. 557 ss., spec. p. 559 ss.; P. VITTORIA, *Sparse considerazioni in tema di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1041 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Translatio iudicii tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1023 ss. Hanno riservato invece un'accoglienza più tiepida alle pronunce ricordate, E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, cit.; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 813 ss., spec. p. 820 ss.

¹³ Così Cass., sez. un., sent. n. 4109 del 22 febbraio 2007, cit.

tata, affiancando all'ammissione della *translatio* anche il riconoscimento espresso della conservazione degli effetti della domanda¹⁴. La Consulta, in prima battuta, non condivise l'orientamento della Cassazione, affermando che, *de iure condito*, una *translatio iudicii* dal giudice amministrativo al giudice ordinario non fosse possibile. Tuttavia, prosegue il giudice delle leggi, ciò appare in contrasto con i principi fissati dagli artt. 24 e 111 Cost. in materia di giusto processo. Poiché, infatti, la ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, è la funzione di assicurare la tutela, attraverso il processo, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, «la loro pluralità non può comportare una minore effettività o addirittura una vanificazione della tutela giurisdizionale [...] ciò che invece si verifica quando [...] l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione può tradursi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale [...]»; la pluralità di giudici, sottolinea la Consulta, esiste affinché venga assicurata una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché venga compromessa la possibilità stessa che a tale domanda sia data risposta¹⁵⁻¹⁶.

¹⁴ Scrivono C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 745 ss., spec. p. 745, che «le due Corti di vertice hanno, in una curiosa e quasi ostentata *concordia discors*, in sostanza fatto gioco di squadra sulla *translatio iudicii*».

¹⁵ V. Corte cost., sent. n. 77 del 12 marzo 2007, punto 5 della motivazione. Come noto, la sentenza si conclude con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 30 legge Tar, ove non prevede che gli effetti sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione, si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

¹⁶ Il tema non può essere affrontato in questa sede, ma è evidente il nesso che lega l'orientamento di queste pronunce a quelle, di poco successive, che limiteranno la possibilità del rilievo, anche d'ufficio, del difetto di giurisdizione, fenomeno che ha reso palese, come è stato scritto efficacemente, la perdita di «quella importanza quasi sacrale» che nel nostro ordinamento aveva rivestito la questione di giurisdizione. V. *ex multis* A.M. SOCCI, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione), del giudice ordinario nei confronti della P.A. o dei giudici speciali, non può essere eccepito o rilevato in Cassazione per la prima volta*, in *Giur. it.*, 2009, p. 416 ss., spec. p. 417 per la citazione riportata; R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, *ivi*, 2009, p. 412 ss., spec. p. 414, ove l'a. parla di queste pronunce (tanto quelle in tema di *translatio* quanto di quelle ora ri-

L'unità della giurisdizione, «recuperanda»¹⁷, guadagnava un punto in più.

4. *E infine fu la volta del legislatore. L'art. 59 l. 69 del 2009 e alcuni suoi possibili (o inevitabili?) corollari*

L'evoluzione sopra sinteticamente descritta aveva preparato il terreno per quella che può essere considerata, sia dal punto di vista sistematico che dall'angolo visuale pratico, una delle riforme più interessanti degli ultimi anni, ovvero l'introduzione, ad opera dell'art. 59 l. n. 69 del 2009, del principio della *translatio iudicii*. La caduta del muro dell'incomunicabilità fra giurisdizioni¹⁸, prima desumibile in modo chiaro "soltanto" dalle pronunce giurisprudenziali, è ora norma di diritto positivo nell'ordinamento.

Se il principio che l'art. 59 veniva a introdurre è stato accolto con favore dai più, come già ricordato, la norma in sé è stata invece oggetto di svariate critiche dal punto di vista della formulazione letterale¹⁹, ancorché il risultato, ovvero che non vi siano più «barriere alla comunicabilità intergiurisdizionale»²⁰, e che quindi le giurisdizioni siano state rese «meno reciprocamente impermeabili» attraverso il raccordo lateralmente creato fra loro dalla norma in questione²¹, è il dato a cui più si dà rilievo.

A onor del vero, ad avviso di parte della dottrina, una concezione unitaria della giurisdizione, cui faceva da corollario un'inquadra-

cordate sul rilievo del difetto di giurisdizione) come «sintomo di insofferenza per la ripartizione tra i vari ordini di giudici della *potestas iudicandi*».

¹⁷ Così C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, cit., p. 748.

¹⁸ È l'espressione utilizzata ante riforma da M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*, cit., p. 1591.

¹⁹ C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 877 ss., spec. p. 886, parla di «lessico [...] non sempre appropriato, se non fuorviante [...]».

²⁰ Così *ibidem*. Dello stesso a., v. anche *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1267 ss., spec. p. 1267.

²¹ Così D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 1132.

mento delle giurisdizioni speciali o straordinarie come un'eccezione tollerata, ma non auspicata, dal legislatore, era già desumibile dalle disposizioni costituzionali di cui agli artt. 102 ss. della Carta fondamentale²². E tuttavia, ancorché si possa concordare con questa ricostruzione, è ad opera della legge di riforma del 2009 qui ricordata che dall'asserito principio della *translatio iudicii* può derivarsi, con un'efficacia persuasiva certamente più avvolgente che non in passato, il principio della tendenziale unità della giurisdizione²³.

Il dato da salvare ai fini dell'argomento oggetto del nostro studio è l'emersione di una sorta di *reductio ad unum* della giurisdizione, quasi un principio di uguaglianza fra giurisdizioni, di equiparazione dei sistemi giurisdizionali fra loro (*mutatis mutandis* naturalmente, in dipendenza della diversità di norme processuali applicabili di fronte a ciascuna giurisdizione, ma su questo tornerò oltre). Come è stato efficacemente affermato, infatti, il principio di unità della giurisdizione deve essere inteso in senso non organico, ma funzionale: all'interno di questa cornice, che non esclude ma implica la divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi e autonomi, la diversità dei giudici costituisce un valore aggiunto perché, a parità di "intensità" di tutela, la maggior "specializzazione" del giudice non può che portare ad un approfondimento del sindacato²⁴.

²² V. S. GIANCOTTI, *Brevi note sul rapporto tra giudizio risarcitorio civile per illeciti aventi anche rilevanza penale e successiva costituzione di parte civile*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1459 ss., spec. p. 1459; e già ampiamente S. CHIARLONI, *In tema di rapporti fra giudicato penale e civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 214, ove l'a. cita L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1923, ove il maestro parla della «funzione sovrana di giurisdizione» come «unica in sé e nei suoi fini».

²³ Sono le sezioni unite della Suprema Corte (Cass., sez. un., sent. n. 14660 del 5 luglio 2011) ad affermare che nel nostro ordinamento «il principio dell'unità della giurisdizione è tendenziale, ma non ancora pienamente affermato [...]» (v. il punto 3 della motivazione). Anche parte della migliore dottrina, giova qui ricordarlo, si è espressa nel senso dell'opinabilità del principio di unità della giurisdizione, v. E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, cit., spec. p. 706; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. pp. 13 ss., 17 ss.

²⁴ V. P. DE LISE, *Prefazione*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, Milano, 2011, p. 1 ss., spec. p. 7. Nel senso che la pluralità di giudici sia funzionale alla miglior qualità della decisione, v. anche R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., p. 414; D. DE PRETIS, *Il difetto di giurisdizione*, cit., p. 1132.

Se si concorda con i passaggi di cui sopra, si devono conseguentemente riconoscere l'identica dignità e la pienezza della tutela approntabile da ogni singolo comparto giurisdizionale²⁵. Non potremo dunque, a rigore, parlare del giudice amministrativo, per esempio, come di un giudice speciale, perché egli sarebbe a ben vedere, alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ordinario delle posizioni giuridiche soggettive affidategli²⁶. Ciò risulterebbe ulteriormente confermato dalla circostanza che, come sottolinea la migliore dottrina, il riparto fra giudice ordinario e giudice amministrativo, a rigore, non è fondato sulle posizioni giuridiche soggettive e sulla loro natura, bensì sulla materia²⁷.

5. *Alcuni istituti processuali alla prova della translatio*

Le norme processuali, come è a tutti noto, non sono fini a sé stesse ma «funzionali alla migliore preparazione della decisione sul merito»; ancorché possa apparirlo, il rilievo non è affatto banale, se la Consulta stessa ha avvertito la necessità di ribadirlo con l'assunto in esame²⁸. Se ciò è vero, non stupisce che combinando quest'affermazione con l'asserita comunicabilità fra giurisdizioni sopra ricordata, si avrà un effetto, quantomeno indiretto, sulle discipline processuali, nel senso del loro avvicinamento.

²⁵ In questo senso v. anche P. DE LISE, *Prefazione*, cit., p. 7, ove l'a. esemplifica affermando che alle posizioni giuridiche di diritto soggettivo attribuite in via esclusiva alla cognizione del giudice amministrativo il codice assicura una tutela che non può ritenersi qualitativamente inferiore a quella assicurata dal giudice ordinario.

²⁶ V. *ibidem*.

²⁷ V. F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, spec. p. 27 ss., ove l'a. sottolinea come negli ultimi trent'anni siano aumentate le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, allargamento che sarebbe proseguito secondo una linea costante, prima in materia edilizia (art. 16 l. n. 10 del 1977), poi in ordine agli accordi amministrativi (artt. 11 e 15 l. n. 241 del 1990), quindi in materia di tutela della concorrenza (art. 33 l. n. 287 del 1990), e via di questo passo, fino a giungere all'attuale art. 133 c.p.a., da cui è ricavabile l'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva.

²⁸ Ciò che è accaduto nella notissima e qui più volte ricordata Corte cost., sent. n. 77 del 12 marzo 2007, cit., punto 5 della motivazione.

Il tema non è certo nuovo. Per limitarsi qui ai contributi più recenti, da una ricognizione che ambisce a muoversi anche a livello comparatistico emerge come le trasformazioni in ambito di giustizia amministrativa tendano, nella più parte dei paesi fra cui il nostro, al raggiungimento di una propria definitiva consistenza, in quanto in grado di assicurare una giustizia piena alle posizioni in essa azionabili; in questa tendenza, il processo amministrativo è andato a porsi sullo stesso piano del processo civile tra parti private, in cui non si può dubitare che si confrontino due pretese equivalenti quanto a potenziale titolarità dei diritti e sempre nel rispetto del principio fondamentale della parità delle armi²⁹. Un'ulteriore conferma di questo si ha, evidentemente, nell'avvenuta scelta, da parte del legislatore del codice del processo amministrativo, di coordinare le norme di quest'ultimo con le norme del codice di rito civile in quanto espressione di principi generali; tale coordinamento, infatti, si può spiegare solo riconoscendo l'esistenza di un legame fra i due riti processuali, quello civile e quello amministrativo, legame che li unisce in una concezione sostanzialmente unitaria dell'ordinamento e della giurisdizione³⁰.

Un'ulteriore ricaduta dei ragionamenti che l'introduzione del principio della *translatio iudicii* pare rendere possibile riguarda l'assimilazione del difetto di giurisdizione a quello di competenza³¹. Del resto sin da quando, *temporibus illis*, si iniziò a discutere la questione della proposizione della domanda a giudice sfornito di giurisdizione nel quadro di un mondo processuale allora dominato dal prin-

²⁹ V. E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010, spec. p. 70 ss.; A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 885 ss., spec. p. 885.

³⁰ Così A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., p. 886, ove l'a. aggiunge come questa nuova visione della giustizia amministrativa la voglia non più speciale e separata da quella ordinaria ma con questa ricordata, nel quadro di un'unitarietà del sistema di tutela giurisdizionale che troverebbe il proprio fondamento nell'art. 24 Cost.

³¹ Assimilazione definita "forte" da Cass., sez. un., sent. n. 24883 del 9 ottobre 2008, cit. (affermazione che da parte della sentenza, prodromica e originativa della futura norma di diritto positivo, è ancora più pregnante). Con riferimento al panorama transnazionale, per tutti, v. P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, cit., spec. pp. 178-179 e 183 ss.

cipio incontrastato dell'incomunicabilità fra giurisdizioni, la tendenza fu nel senso di ricostruire il problema con un approccio analogo a quello dell'ipotesi di incompetenza, quindi facendo ricorso alla previsione dell'art. 50 c.p.c.³²; tanto che, nella dottrina contemporanea, dal quadro formatosi in materia qualcuno afferma che a proposito del tema classico "giurisdizione-competenza" si delinea un unico insieme, che potrebbe definirsi competenza per materia³³.

Perplexità in ordine ad un'equiparazione *in toto* dei profili dinamici della giurisdizione a quelli della competenza sono state tuttavia espresse da altra parte della dottrina, al cui avviso ciò potrebbe rivelarsi incompatibile con i rapporti istituzionali tra i diversi giudici speciali e con la complessa trama che la Costituzione ha creato per garantire la reciproca indipendenza della giurisdizione amministrativa e contabile da quella civile e del suo organo di vertice³⁴. Il rilievo ha certamente un suo fondamento, ma potrebbe essere non ostativo laddove si rifletta al fatto che non riguarda la prospettazione di difficoltà di ordine sistematico, strutturale, ontologico del processo, bensì profili di ordine organizzativo, per così dire, che dunque potrebbero essere ripensati con riguardo al nuovo assetto che sembra emergere da quanto sin qui ripercorso e che, ancorché *in fieri*, pare suscettibile di uno sviluppo solo in senso evolutivo e non involutivo³⁵.

³² V. V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, cit., p. 1622 ss., spec. p. 1643; G. STANCANELLI, *L'impugnativa delle decisioni del giudice amministrativo nel sistema giurisdizionale italiano*, Milano, 1971, spec. p. 200 ss. Recentemente hanno ricostruito il tema M.C. VANZ, *Il funambolico confine tra giurisdizioni: piccole note sull'art. 59, L. n. 69 del 2009*, cit., p. 10; S. VINTI, D. CAPO-TORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, pp. 92-93; M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, p. 313.

³³ In questo senso G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, p. 221.

³⁴ Così C. DELLE DONNE, *Ancora sugli effetti della pronuncia sulla giurisdizione a carico del processo: la Cassazione si misura con i profili applicativi*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 139 ss., spec. p. 150.

³⁵ Un altro dato pare confermarlo, ossia la disciplina che l'art. 9 c.p.a. ha dettato con riferimento all'ipotesi del difetto di giurisdizione, prevedendo che sia rilevato, anche d'ufficio, in primo grado, e in sede di impugnazione possa essere rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo esplicito o implicito, abbia statuito sulla giurisdizione. La norma rie-

Ma allora, se così è, se cioè la questione di giurisdizione è in buona sostanza equiparabile alla questione di incompetenza, se ne deve dedurre l'applicabilità in via analogica della *ratio* sottesa alla norma di cui all'art. 50 c.p.c. anche all'ipotesi di declaratoria di difetto di giurisdizione: «il processo continua davanti al nuovo giudice», come statuisce l'art. 50, comma 1°, c.p.c., è espressione che vale non soltanto con riferimento al giudizio trasferito da un giudice all'altro per difetto di competenza³⁶, ma anche per il processo che da un giudice trasmigra ad un altro, secondo le *technicalities* previste dalla norma, a seguito dell'acclarato difetto di giurisdizione. La giurisdizione quindi, al pari della competenza, ed è ciò che più qui interessa, rivelerebbe la sua natura di condizione non di "trattabilità" della domanda, ma di "decidibilità" della stessa nel merito³⁷⁻³⁸. Per dirla in altri termini, il provvedimento che chiude il processo in rito accerta la mancanza di un requisito processuale (ad esempio, la giurisdizione); essa, tuttavia, non dichiara che gli atti del processo sono nulli, né occorre credere che lo faccia implicitamente, pertanto l'at-

cheggia, evidentemente, l'evoluzione avutasi in sede di processo civile con riguardo al medesimo difetto, e ha reso *ius positum* ciò che in sede civile è ancora portato esclusivamente giurisprudenziale.

³⁶ Vicenda rispetto alla quale la giurisprudenza più risalente (v. per tutte Cass., sent. n. 9444 del 9 settembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1352 ss.) ha affermato in modo pressoché costante che «in caso di riassunzione della causa davanti al giudice competente ai sensi dell'art. 50 c.p.c., ben possono utilizzarsi gli atti istruttori disposti ed espletati dal giudice che ha dichiarato la propria incompetenza, poiché la *translatio iudicii*, disposta dalla legge sulla base della struttura unitaria del processo e del principio dell'unità della giurisdizione, presuppone la valida costituzione dell'intero procedimento e quindi anche degli atti istruttori assunti innanzi al giudice competente, inizialmente adito [...]».

³⁷ Nello stesso senso C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009*, n. 69: *altri profili significativi a prima lettura*, cit., p. 886, ove l'a., in conseguenza di ciò, deduce che cautele disposte e prove raccolte nel giudizio poi traslato davanti al giudice munito di giurisdizione rimangono valide.

³⁸ Tant'è che la congrua conclusione di Cass., sent. n. 9444 del 9 settembre 1993, cit., fu nel senso che «la declaratoria di incompetenza non spiega di per sé effetti invalidanti sugli atti compiuti dal giudice che ha dichiarato la propria incompetenza». In dottrina v. per tutti D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006, spec. pp. 74-79, ove l'a., ricostruiti i profili di inquadramento sistematico del tema, concorda con chi ritiene che la carenza dei requisiti processuali non si traduca in nullità dei singoli atti, pertanto potrà aversi nullità della sentenza di merito, ma non invalidità dei singoli atti del processo.

tività processuale eventualmente svolta non viene eliminata³⁹. Come questi profili possano essere sviluppati ai fini del presente lavoro, si comprenderà nelle pagine che seguono.

6. *Zone d'ombra che ancora residuano*

Il tema non può essere prospettato, tuttavia, senza dare conto della circostanza che residuano zone d'ombra importanti non appena si vadano ad incrociare conflitti di giurisdizione che, a rigore, non siano coperti dallo spettro di operatività della norma di cui all'art. 59 l. n. 69 del 2009.

In particolare, ricordo qui la più macroscopica delle ipotesi, quella cioè che riguarda i rapporti tra processo penale e processo tributario. Il d.lgs. n. 74 del 10 marzo 2000, in materia di riforma dei reati tributari, infatti, recepisce il principio della autonomia e separatezza delle giurisdizioni (art. 20)⁴⁰, principio che da parte della dottrina in tema viene definito come accolto nel codice di rito penale quale principio generale e, quindi, suscettibile di poche e circoscritte eccezioni⁴¹. Premesso che l'applicabilità dell'art. 20 ora richiamato riguarda l'interazione funzionale fra procedimenti in corso⁴², lo

³⁹ Così D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo*, cit., p. 79. V. anche M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino, 1996, p. 215, il quale efficacemente afferma che «precedenza, ai fini della decisione, di un determinato presupposto processuale rispetto ad un altro requisito, di rito o di merito, non significa necessariamente invalidità degli atti istruttori relativi al secondo, compiuti in assenza del primo».

⁴⁰ Letteralmente, la norma prevede che «il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipenda la relativa definizione».

⁴¹ D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, p. 1384 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, p. 901 ss.

⁴² I rapporti intercorrenti tra processo penale e processo tributario sono improntati all'autonomia in virtù del principio del "doppio binario", risultante dall'interpretazione delle norme di cui agli artt. 39, d.lgs. n. 546 del 1992, e 20, d.lgs. n. 74 del 2000, come sottolineano anche S. ARMELLA, F. DI LUCIANO, *L'utilizzo delle intercettazioni nel processo tributario e il delicato equilibrio con il diritto di difesa e il principio del giusto processo*, in *Riv. giur. trib.*, 2013, p. 387 ss., spec. p. 388.

spunto che vorrei estrapolare da questa annotazione per svilupparlo oltre è quello dell'utilizzabilità in altro e diverso processo dell'attività processuale compiuta *aliunde*, intendendo questa sia come attività processuale *tout court* sia come utilizzabilità del provvedimento finale che ha deciso su quella controversia, giacché non si dubita che anche la sentenza che decide nel merito sia attività processuale sulla cui recuperabilità interrogarsi ai fini del tema oggetto di questo studio.

Le norme ora richiamate, infatti, paiono porre un argine al quadro sopra delineato di comunicabilità fra le varie e diverse giurisdizioni, facendo intendere che queste non sono sempre paragonabili ad un mare aperto, ma residuano stretti ed istmi che frenano quell'osmosi processuale che pare preconizzabile, invece, sulla base di altri dati. Un esame più approfondito di questi punti richiede preliminarmente altri ordini di indagine che, al pari di questo tema, rientrano nel novero degli elementi che depongono a sfavore dell'osmosi processuale fra differenti sedi giurisdizionali. Ed è su questi che si incentra l'attenzione nel prossimo capitolo.

CAPITOLO III

OSTACOLI (REALI O SOLTANTO PRESUNTI?)
ALL'OSMOSI PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. Il tema dell'identità dell'oggetto fra processi rispetto ai quali si pone il tema della recuperabilità di attività processuale. – 2. L'interessante prospettiva suggerita dal processo penale. – 3. Irrilevanza dell'identità dell'oggetto fra processi rispetto ai quali si pone il problema della trasmigrazione di attività processuale. – 4. Una proposta di ricostruzione sul tema. – 5. La diversità del giudice. – 6. Il principio di parità delle armi tra diritto di difesa e diritto alla prova (e le peculiarità, in proposito, del processo amministrativo e del processo tributario). – 7. Il principio di economia processuale e la prova assunta come “effetto processual-sostanziale” della domanda. – 8. La circolarità dell'azione e le differenze ravvisabili (e inevitabili) fra riti processuali propri di diverse giurisdizioni.

1. *Il tema dell'identità dell'oggetto fra processi rispetto ai quali si pone il tema della recuperabilità di attività processuale*

Un primo ordine di questioni riguarda l'oggetto dei processi rispetto ai quali si pone l'interrogativo se, da uno all'altro, possa trasmigrare attività processuale. In particolare, due sono gli orientamenti principali: ad avviso di alcuni, può ammettersi il passaggio di attività processuale da un giudizio ad un altro quando essi sono identici (è il caso, per esempio, della *translatio iudicii*, in cui, fatti i dovuti aggiustamenti resi necessari dalle differenze rituali eventualmente esistenti tra un tipo di processo ed un altro, il giudizio che passa dal giudice sfornito di giurisdizione a quello che ne è munito è

il medesimo)¹; ad avviso di altri, non è necessaria un'identità o una significativa somiglianza fra i processi considerati perché possa ammettersi che da uno all'altro possa trasmigrare attività processuale già compiuta, pertanto i due giudizi potrebbero essere diversi con riguardo all'oggetto o alle parti o ad entrambi gli elementi (nel prosieguo alcuni casi concreti potranno aiutare a meglio inquadrare il tema per proporre alcune possibili soluzioni alle fattispecie ipotizzabili).

Il problema si è posto principalmente con riguardo all'ambito delle prove, ed è da qui che inizia l'indagine. Con la necessaria avvertenza che ci si interroga ora solo limitatamente al profilo della identità o diversità di oggetto dei due processi in rapporto osmotico come possibile ostacolo alla trasmigrazione di attività processuale; i problemi relativi alla natura attribuibile al materiale processuale trasmigrante e alla sua utilizzabilità ed efficacia saranno considerati più oltre.

La migliore dottrina considera i mezzi probatori derivanti da un altro processo come rientranti nell'ampio *genus* della prova documentale, in quanto prove formate e assunte, ove costituende, nel contraddittorio di quel diverso processo, col che la loro utilizzazione in un nuovo giudizio viene a tradursi necessariamente nell'acquisizione del documento processuale da cui è ufficialmente consacrata, con i limiti di efficacia probatoria dell'atto pubblico². La giustificazione razionale di tale ampia utilizzazione viene individuata dalla giurisprudenza prevalente nel principio del libero convincimento del giudice o nel principio di economia processuale; la stessa *ratio* viene invocata per l'utilizzabilità, in processi diversi anche con parti non identiche, di prove assunte o formate in altri processi o in processi davanti a un giudice incompetente o estinti, considerandole come attività che si presume siano state comunque legittimamente compiute

¹ V. M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, cit., p. 316, ove l'a. afferma che la trasmigrazione del processo presuppone l'identità dell'oggetto del contendere, cioè che l'attore faccia valere la medesima pretesa sostanziale, sia pure mediante la proposizione di domande formalmente diverse.

² Così L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Milano, 2010, spec. p. 59.

davanti ad un organo giurisdizionale³. Ad avviso di questa dottrina, le prove raccolte o formate in altra sede, e comunque al di fuori del contraddittorio delle parti in lite, che possano esercitare un'efficacia vincolante di "prova piena" nel diverso processo in cui vengano riutilizzate, in pregiudizio di chi non abbia avuto alcuna facoltà di interloquire o di difendersi previamente in quella diversa sede, sono da considerarsi assolutamente inammissibili, pena, diversamente, la violazione del principio del giusto processo⁴.

2. *L'interessante prospettiva suggerita dal processo penale*

È a tutti noto che il codice di procedura penale vigente ha abbandonato la disciplina di cui all'art. 3 c.p.p. previgente, il c.d. codice Rocco, che prevedeva la pregiudizialità del processo penale rispetto a quello civile, a favore di un potenziamento del sistema dell'efficacia della sentenza penale nei giudizi diversi da quello penale, in particolare attraverso le norme di cui agli artt. 651-654 c.p.p.⁵. La giurisprudenza pare particolarmente sensibile al tema dell'indipen-

³ Ancora *ibidem*, p. 60, ove l'a. aggiunge poi che, «d'altronde, a prescindere dalle spiegazioni giuridiche del fenomeno, quanto maggiore è l'ambito di utilizzabilità nel processo delle prove materialmente disponibili tanto maggiore è il grado di effettività delle forme con cui si esercita il diritto alla prova garantito dal principio costituzionale del giusto processo».

⁴ V. *ibidem*, spec. pp. 62-63, e p. 215, ove l'a. afferma che è la garanzia del contraddittorio di cui all'art. 111, comma 2°, Cost., consacrata quale caposaldo del "giusto processo" in ogni modello processuale, ad imporre il corollario per cui qualsiasi prova costituenda formata in un altro processo, tipica o atipica, nel contraddittorio di parti diverse da quelle costituite nel giudizio in cui la si vorrebbe esportare, dovrebbe reputarsi *a priori* inammissibile, e come tale inutilizzabile; la stessa prova potrebbe essere invocata in un altro giudizio, pur con parti diverse, a condizione che essa, in quest'ultimo, venga ad esplicitare tutt'al più un'efficacia secondaria e priva di autosufficienza decisoria, quale fonte di indizi fondanti una presunzione semplice o meri argomenti di prova, dovendosi sempre consentire alle parti del secondo processo (siano o meno coincidenti con quelle del primo) un contraddittorio pieno e il diritto alla contestazione e alla controprova, senza alcuna limitazione di mezzi di prova all'uopo utilizzabili.

⁵ Anche su questo tema tornerò più diffusamente nel prosieguo, affrontando il profilo relativo alla trasmigrabilità della sentenza da una sede giurisdizionale ad un'altra. Ora il rilievo interessa soltanto con riguardo al tema dell'identificazione dell'oggetto del processo.

denza tra processi⁶, di cui evidentemente l'abrogazione della pregiudizialità del processo penale rispetto al processo civile è espressione, mostrandosi alquanto rigorosa in ordine alle condizioni in base alle quali fare un'eccezione all'indipendenza suddetta⁷.

L'art. 651 c.p.p., nel regolare l'efficacia della sentenza penale di condanna nel processo civile di danno, dà concretezza alla previsione di cui all'art. 185 c.p., che sancisce l'obbligo per il colpevole di reato o per la persona civilmente responsabile alle restituzioni e/o al risarcimento del danno; per giurisprudenza pacifica, il giudice civile è vincolato dal giudicato penale di condanna statuente sugli elementi di cui alla norma in discorso⁸. Quel che qui più interessa, peraltro, è la nozione di "fatto" in sede penale, fatto il cui accertamento vincola il giudice civile.

Il "fatto" di cui parla l'art. 651 c.p.p. consta del nucleo oggettivo del reato nella sua materialità, comprensivo di condotta, evento e nesso di causalità materiale fra l'uno e l'altro (il c.d. fatto principale), nonché delle circostanze di tempo e di luogo e dei modi di realizzazione del fatto, restando attribuita al giudice civile ogni decisione sulla colpevolezza e sulle modalità soggettive. Analogamente, l'art. 652 c.p.p. annette forza di giudicato alla sentenza assolutoria statuente sul fatto materiale e sulle sue modalità realizzative, ritenendosi espunte dalla norma le formule di assoluzione fondate sui profili soggettivi dell'illecito, il cui apprezzamento, come già per l'ipotesi di cui sopra, resta demandato al giudice civile⁹.

Ora, posta l'intrinseca ed evidente differenza tra i due processi qui considerati, affermata l'indipendenza fra i due plessi processuali e combinata questa con quell'unità della giurisdizione su cui ci sia-

⁶ V. per tutti, sul principio in discorso, G. CONSO, *Istituzioni di procedura penale*, Milano, 1964, p. 136 ss., ad avviso del quale la completa indipendenza fra processo civile e processo penale consentiva di considerarli, ciascuno nel proprio ambito, come mondi "autosufficienti e esclusivi".

⁷ V. G. VANACORE, *Efficacia del giudicato penale nel processo civile di danno: la condanna e l'assoluzione*, in *La resp. civile*, 2009, p. 498 ss., spec. p. 502.

⁸ V. *ibidem*, pp. 503-504. Per una più ampia ricostruzione dei rapporti in tema di pregiudizialità fra processo civile e processo penale, rinvio al capitolo VI.

⁹ V. conclusivamente *ibidem*, spec. p. 505, ove l'a. precisa che ciò riguarda la formula «il fatto non costituisce reato», le assoluzioni per insufficienza di prove circa la commissione del fatto o la sua attribuibilità, nonché il proscioglimento per amnistia.

mo soffermati nelle pagine che precedono, a me pare che si possa affermare con qualche serenità l'idea che le prove assunte nel processo penale per la ricostruzione del fatto costituente reato vengano poi utilizzate, come il giudice riterrà opportuno, nel corrispondente processo civile di danno, nonostante, a rigore, la diversità di parti (lo Stato e l'imputato nel processo penale, la persona offesa dal reato e il civilmente responsabile nel processo civile) e la diversità di oggetto (l'accertamento dell'esistenza di un fatto costituente reato nel processo penale, la condanna della parte civilmente obbligata nel processo civile)¹⁰.

Questa prospettiva veniva ben colta nelle Costituzioni piemontesi del 1770, rispetto alle quali il problema del coordinamento tra azione penale e azione civile non si pose; nascendo entrambe dal fatto qualificato come reato, l'azione civile si reputava strettamente connessa a quella penale, tanto da dover essere esercitata solo con la denuncia e la querela; all'unità del fatto, detto altrimenti, corrispondeva l'unità del giudizio, attribuito alla competenza esclusiva del giudice penale¹¹.

A chi obiettasse, in proposito, che non si possono confrontare gli oggetti di due processi così diversi (civile e penale) ma che un raffronto sul contenuto delle azioni è possibile solo fra cause appartenenti al medesimo plesso giudiziario, a mio avviso è possibile replicare richiamandosi a quella giurisprudenza della Suprema Corte che, proprio a proposito del complesso tema dei rapporti fra processo civile e processo penale, ha affermato che al fine di verificare l'applicabilità della previsione di cui all'art. 75, comma 1°, c.p.p.,

¹⁰ Ad avviso di un maestro, addirittura, l'unità della giurisdizione comportava conseguenze ancor più pregnanti di quella che ho qui suggerito (ovvero la trasmigrabilità delle prove dal giudizio penale al processo civile). Scrive infatti L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi speciali di procedura civile*, cit., p. 180, «non poter neppure essere concepita la possibilità che il reato esista, e come tale sia riconosciuto, all'effetto di reintegrare il diritto dello Stato all'incolumità dell'ordine giuridico pubblico, e simmetricamente non esista, e quindi venga negato, per respingere la domanda di reintegrazione dell'ordine giuridico privato nell'interesse della parte lesa. Non si tratta di invocare l'universalità di effetti della sentenza penale [...] basta riferirsi alla nozione della sostanziale unità dell'ufficio sovrano di giurisdizione nel campo civile e nel penale».

¹¹ V. l'ampia prospettiva storica ricostruita sul tema da G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, spec. p. 351 ss.

occorre considerare il *petitum* e la *causa petendi* delle due azioni. Se il giudice civile accerta che sono i medesimi e che il *petitum* civile comprende il risarcimento di tutti i danni, compreso quello morale, deve considerare la prima azione trasferita in sede penale e dichiarare l'estinzione del giudizio civile¹².

3. *Irrelevanza dell'identità dell'oggetto fra processi rispetto ai quali si pone il problema della trasmigrazione di attività processuale*

La dottrina che più da vicino ha approfondito il tema, con particolare riguardo alla trasmigrazione di materiale istruttorio da un processo ad un altro, non concorda con l'opinione che ritiene che il riutilizzo del materiale istruttorio sia consentito soltanto ove il successivo processo, pur tra le stesse parti, abbia il medesimo oggetto del giudizio precedente in cui la prova si è formata. Dalle norme vigenti, infatti, non sarebbe dato evincere alcun elemento atto a giustificare la sussistenza di una relazione inscindibile tra riutilizzabilità delle prove ed identità dell'oggetto processuale dedotto nei distinti processi¹³. Il problema, pertanto, non si porrebbe affatto ove la domanda successiva sia *in toto* coincidente con la prima; mentre, se fosse formulata in modo diverso, occorrerebbe verificare se si basi o meno sul medesimo fatto storico, circostanza che, peraltro, non dovrebbe comunque rilevare quando si tratti di diritti autodeterminati, secondo la tradizionale distinzione elaborata sul punto con riferimento all'individuazione delle azioni¹⁴.

Con riguardo ai profili sin qui considerati, un primo punto che merita qualche attenzione è quello della diversa formulazione del-

¹² V. Cass., sez. lav., sent. n. 1985 del 29 gennaio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1457 ss., in ordine ad una fattispecie di pendenza di processo civile, avente ad oggetto un'azione risarcitoria contrattuale ed extracontrattuale, e di costituzione della parte danneggiata come parte civile nel processo penale, che vedeva imputati gli asseriti responsabili convenuti in sede civile per i medesimi fatti.

¹³ Il riferimento è a M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. pp. 194-200.

¹⁴ V. ancora *ibidem*, pp. 200-203, ove l'a. conclude che il tema, se lo si va a trapiantare nel terreno dell'individuazione dell'oggetto del processo, si complica a dismisura ove si ritenesse di considerare tutte le opinioni sul punto.

la domanda nel successivo processo. Ipotizziamo che quest'ultimo penda davanti ad una diversa giurisdizione (ad esempio, la domanda originariamente proposta nel processo civile, in applicazione dei principi sulla *translatio iudicii*, viene tralata in un processo amministrativo); se ci basassimo su criteri formali di individuazione della domanda giudiziale, la formulazione della prima domanda divergerebbe pressoché sempre dalla domanda proposta successivamente davanti al diverso giudice; pertanto, il criterio della diversa formulazione della domanda sarebbe sempre idoneo a paralizzare la trasmutazione di attività processuale da un giudizio all'altro. Quanto poi alla verifica sull'identità del fatto storico fatto valere in un processo e nell'altro, occorre considerare che dall'invocazione di un fatto storico possono scaturire conseguenze giuridiche diverse, ma l'effetto invocato non è in grado di condizionare, di alterare il fatto storico, che rimane quel che è, indipendentemente dal suo inquadramento e da qualsivoglia problema di sussunzione¹⁵.

Quanto ai profili soggettivi, ovvero all'identità o meno delle parti dei processi *de quibus*, a me pare che un discorso nettamente diverso debba farsi con riguardo al processo penale e al processo civile. Nel processo penale, infatti, è invalicabile il divieto posto dalla norma di cui all'art. 111, comma 4°, Cost., per cui «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova». Ciò significa che, ad esempio, se si invoca in un processo penale l'utilizzazione di una prova assunta in un processo civile fra parti diverse, occorrerebbe quantomeno provocare il contraddittorio rispetto alle parti del processo penale sulla prova *aliunde*, laddove non sia possibile la ripetizione del procedimento probatorio per la riassunzione della prova, ipotesi sempre e comunque preferibile stante la portata della norma costituzionale ora ricordata. Dalla quale a me pare, peraltro, che si possa derivare *a contrario* una regola valida per gli altri processi, quello civile *in primis*, ovvero che il principio del contraddittorio nella formazione della prova non sia principio costituzionale; pertanto, il diritto di difesa e il principio del contraddittorio in generale possono ritenersi rispettati laddove ven-

¹⁵ Condivido l'affermazione di M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 203.

gano espliciti (e devono esserlo) sulla prova *aliunde* già formata ed entrata nel diverso processo, a nulla rilevando che il contraddittorio non abbia impastato di sé la fase di formazione della prova.

4. *Una proposta di ricostruzione sul tema*

Il discorso potrebbe davvero farsi sconfinato se lo si impostasse ritenendo di analizzare che cosa debba intendersi per “oggetto del processo”, per “identità delle parti”, per “effettivo rispetto del principio del contraddittorio”. E non è la via che intendo perseguire. Limitatamente al problema posto con riguardo all'utilizzo della prova *aliunde* e alla sua trasmigrazione fra diverse giurisdizioni, a me pare che la soluzione non possa prescindere da due considerazioni.

La prima è che il problema nemmeno si pone se non diamo per scontato che la prova, nel processo in cui è stata formata, è stata assunta nel rispetto di tutte le condizioni che quel singolo determinato rito prevede per l'assunzione della prova. La prova sulla cui trasmigrazione ci si interroga, in altri termini, deve essere scevra da qualunque vizio nel procedimento da cui origina, altrimenti non avrebbe neppur senso chiedersi se uno strumento processuale che nasce già viziato nel contesto che lo produce possa andare a circolare in altri contesti.

La seconda riguarda il problema di che cosa debba e possa intendersi per “prova”. Soltanto concordando su ciò che possiamo considerare prova, infatti, possiamo poi confrontarci sul se quel *quid* che abbiamo convenuto essere “la prova” possa trasmigrare da un processo all'altro oppure no.

Ora, a me sembra che se condividiamo l'idea che sia “prova” quello strumento che consente al giudice di trarre elementi circa la verifica e la consistenza di un determinato fatto storico (l'avvenuta conclusione di un contratto, la presenza di Tizio in un certo giorno in un determinato luogo, lo stato di ubriachezza di Caio quando era al volante della vettura in quel sinistro stradale, il comportamento del sanitario nell'esecuzione di quel certo intervento chirurgico, e via di questo passo), questo strumento possa essere considerato come avente una vita propria rispetto alle caratteristi-

che del singolo processo (parti, oggetto) in cui è stato assunto. Se da un certo esperimento probatorio, per fare un esempio concreto, risulta che Tizio ha costruito a cinque metri di distanza dalla dimora del confinante, questo è un fatto che risulta dalla prova, sia nel giudizio civile con il vicino, sia nel processo amministrativo con la p.a. per la violazione di norme in tema di edilizia, sia nell'eventuale giudizio penale nell'ipotesi in cui il fatto *de quo* sia previsto dalla legge come reato; certo, se le parti dei diversi processi non coincidono, la parte assente nella fase di assunzione della prova ha il diritto al contraddittorio rispetto all'ingresso della prova nel processo e rispetto a quanto sembra emergere dalla prova, e quindi naturalmente anche il diritto alla controprova, ma non si può fingere che quello strumento probatorio esperito sia *tamquam non esset*¹⁶.

Si consideri inoltre che pensare che sia ammissibile, alle condizioni viste, la trasmigrazione di materiale istruttorio da un processo ad un altro, non deve far dimenticare che, comunque, il giudice del processo in cui il materiale istruttorio *aliunde* viene traslato è libero di valutare quella prova secondo il suo prudente apprezzamento, alla luce del complesso di elementi istruttori che dovessero emergere nel giudizio avanti a lui pendente¹⁷.

Per queste ragioni a me pare potersi affermare che diversità di oggetto fra processi e diversità di parti non siano, aprioristicamente, un ostacolo alla trasmigrazione di materiale processuale da un plesso giurisdizionale ad un altro.

5. *La diversità del giudice*

Il profilo appena considerato non potrebbe ritenersi affrontato correttamente se non si prendesse in esame anche l'eventuale ruolo che il mutamento del giudice potrebbe avere sulla trasmigrazione di

¹⁶ Mi sembra non condivida l'opinione M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 237, quando afferma che il principio di parità delle armi e l'art. 6 Cedu esprimono l'esigenza che processo penale e processo civile non accolgano prove nate in altri contesti processuali fra soggetti diversi.

¹⁷ Sulla figura del giudice e sul suo convincimento tornerò *infra*.

attività processuale da un giudizio ad un altro. Anche con riguardo a questo specifico punto, il tema è stato affrontato pressoché esclusivamente con riguardo alla circolazione della prova¹⁸.

La dottrina che si è interrogata sul tema ritiene, prevalentemente, che la variabilità del giudicante rispetto al soggetto che assume la prova sia all'interno del medesimo giudizio che quando ciò si verifica perché siamo nell'ambito della prova allogena, non sia in grado di inficiare lo strumento probatorio nel senso di renderlo inutilizzabile *tout court*¹⁹.

A ben vedere infatti, e limitandosi al solo ordinamento processualciviltistico, sono così numerose le eccezioni al principio di immediatezza, per cui le prove devono essere formate dallo stesso giudice che è chiamato a decidere la causa, da potersi considerare sovvertito il rapporto "regola (principio)-eccezione" e definirsi il principio, così, solo meramente tendenziale²⁰.

L'eccezione più macroscopica al principio, innanzitutto, è rappresentata dalla circostanza che esso vale soltanto per le prove costituenti, giacché per le prove precostituite non si pone il problema dell'identità del giudice²¹; le prove originariamente documentali, infatti, hanno insito in sé il dono naturale dell'interscambio,

¹⁸ Efficacemente scrive M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 86, che occorre verificare se e in quale misura l'ordinamento tolleri il mutamento delle varie componenti che hanno concorso alla formazione della prova (cioè il giudice, le parti, l'oggetto della controversia).

¹⁹ Autorevole dottrina, relativamente a questo profilo tuttavia isolata, ritiene che per potersi ritenere rispettati i principi del contraddittorio e della difesa occorre non soltanto che siano le medesime le parti dei due processi rispetto ai quali si pone il problema dell'uso della prova *aliunde*, ma anche che rimanga lo stesso il giudice, v. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 355.

²⁰ Le giustificazioni più varie, infatti, basano svariate ipotesi in cui a detto principio è pacifico che possa derogarsi (si pensi alla prova delegata, alle vicende scaturenti dai trasferimenti e dal mutamento di funzioni dei giudici, e così via), v. S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 847.

²¹ V. *ibidem*, p. 847; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 88. Particolarmente interessante, quanto all'efficacia della prova documentale, è quanto accade a livello di giustizia penale internazionale; la dottrina che più si è occupata del tema, infatti, conclude nel senso che sembrerebbe potersi affermare che, una volta entrata nello spazio processuale del sistema giurisdizionale internazionale, la prova documentale non può più essere considerata invalida o comunque esclusa quale fonte di conoscenza, se non per la sua inutilità rispetto all'og-

mentre sono le prove costituenti ad esaltare e a porre il problema dell'immediatezza del rapporto fra il giudice e la fonte di prova²². Vari ordini di considerazioni, tuttavia, consentono di risolvere il tema dell'immediatezza fra giudice e prova nel senso di ritenere che il mutamento del primo non sia inficiante rispetto all'efficacia della seconda.

Innanzitutto, è stato sottolineato come anche per la prova costituenda ciò che conta è che sia stata correttamente acquisita al processo, non essendo indispensabile per godere dei vantaggi dell'oralità né la concentrazione del processo in poche udienze tra loro ravvicinate né l'identità dell'istruttore col decidente²³.

Secondariamente, una consistente serie di indizi sembra deporre nel senso per cui l'identità del giudice non sia condizione essenziale ai fini della validità degli atti istruttori compiuti. Ciò si evince, ad esempio, dalla norma di cui all'art. 50 c.p.c.; dalle previste ipotesi di cesura tra giudice istruttore e collegio; dalla circostanza che la composizione del collegio divenga immodificabile soltanto dopo l'inizio della discussione e non anche per le precedenti fasi istruttorie; dalla circostanza che il giudice dell'appello, normalmente, si limita a riesaminare le risultanze istruttorie del giudice di prime cure; e, più in generale, dalla disciplina delle fattispecie riassuntive del processo, in cui il legislatore non pone *a priori* preclusioni alla conservazione dell'efficacia degli atti compiuti nella precedente fase del processo, nemmeno con riguardo al riutilizzo del materiale istruttorio eventualmente raccolto. In questo contesto normativo, evidentemente, ipotizzare che il venir meno dell'identità del giudicante possa costituire un serio ostacolo alla trasmigrazione del materiale probatorio sembra difficilmente sostenibile²⁴.

getto dell'accertamento; v. sul tema M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., pp. 172-173.

²² Così M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 88.

²³ V. L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 108 ss., spec. p. 112, ove l'a., con particolare riguardo alla deposizione del teste, sottolinea come ciò che importa è che essa sia stata acquisita correttamente, essendo fondamentali le modalità di escussione del teste e quelle di verbalizzazione delle deposizioni.

²⁴ V. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 89 ss., spec. p. 103 ss. e p. 107 ss.

E ciò può essere affermato, a mio avviso, non soltanto quando si tratti di interrogarsi sull'utilizzabilità di una prova formata *aliunde* ma all'interno dello stesso plesso giurisdizionale, bensì anche allorché occorra muoversi tra diversi tipi di processo; unico elemento condizionante a tal fine, infatti, dovrebbe ritenersi la circostanza che la prova sia stata validamente assunta nel contesto di provenienza. Nel momento in cui la prova viene esperita, infatti, è necessario e sufficiente che il procedimento probatorio rispetti le regole della sede processuale d'origine; interrogarsi sull'eventuale utilizzabilità di quella prova altrove, infatti, non solo non è possibile ma non avrebbe alcun senso, perché la prova nasce e si forma nel contesto processuale in cui ne è stata ritenuta l'ammissibilità e la rilevanza dal giudice in quel singolo caso di specie, senza che debba aversi riguardo all'esterno. Ove, tuttavia, dovesse successivamente venire a crearsi la circostanza per cui quella prova possa rilevare altrove, l'alterità del contesto (e quindi anche del giudicante) non è in sé elemento idoneo a sminuire, né tantomeno paralizzare, la ritenuta dimostrazione del fatto storico o dell'evento che da quella prova emerge.

6. *Il principio di parità delle armi tra diritto di difesa e diritto alla prova (e le peculiarità, in proposito, del processo amministrativo e del processo tributario)*

In questa parte del lavoro si sta ponendo l'interrogativo sul se, ed in caso di risposta affermativa, in quali termini, la trasmigrazione di attività processuale da una sede all'altra possa essere ostacolata dalle variabili processuali (mutamento del giudice, diversità delle parti e dell'oggetto fra processi, diversità di contesti giurisdizionali). A questo punto è opportuno chiedersi altresì se un eventuale ostacolo, o invece un incentivo in tal senso, potrebbe essere rappresentato dal principio di parità delle armi, nella sua costante ricerca di equilibrio fra diritto di (e alla) difesa e diritto alla prova.

Il principio di parità delle armi è assicurato dalla Costituzione che, all'art. 111, comma 2°, prevede che il giusto processo si svolga «nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità». E ad avvi-

so di autorevole dottrina, esso sarebbe leso quando in un giudizio si vada ad utilizzare materiale istruttorio formato *aliunde* tra soggetti diversi; il recupero del contraddittorio, infatti, non potrebbe mai considerarsi totale e paritetico, con il conseguente venir meno della parità delle armi²⁵. A questa posizione se ne contrappone altra ad avviso della quale il contraddittorio delle parti nel momento della formazione della prova non potrebbe intendersi come condizione generale ed assoluta di utilizzabilità del mezzo istruttorio, investendo la regola del contraddittorio unicamente la dialettica tra parti e giudice sui risultati dell'assunzione della prova²⁶.

La dottrina che più ha approfondito questo specifico profilo ritiene che il principio del contraddittorio nella formazione della prova sia testualmente circoscritto al solo processo penale (art. 111, comma 4°, Cost.); e che perciò non sia possibile sostenere che, nel processo civile e in quelli comunque diversi dal processo penale, possano dirsi costituzionalmente ammissibili come prove in senso pieno, cioè dotate di autosufficienza e di autonomia decisoria, le sole prove, tipiche o atipiche, la cui formazione sia avvenuta in giudizio davanti al giudice nel contraddittorio delle parti²⁷. Se così non fosse, infatti, si rischierebbe di escludere *a priori* e in assoluto dal processo, non soltanto civile, l'utilizzabilità dei documenti, che per defini-

²⁵ In questo senso M.C. VANZ, *Il commento*, nota a Cass. civ., sez. lav., sent. 5 dicembre 2008, n. 28855, in *Il lav. nella giur.*, 2009, p. 600 ss., spec. p. 601. Nel caso di specie, si trattava dell'utilizzo di una consulenza, formata in un processo penale per accertare la responsabilità di un dipendente nei confronti della propria banca, nel processo civile di accertamento dell'obbligo del terzo (la banca) in un giudizio di espropriazione presso terzi (avviato dalla suocera nei confronti del dipendente della banca). La Cassazione, sul solco di un orientamento ormai diffuso per cui il giudice di merito è libero di utilizzare per la formazione del proprio convincimento risultanze istruttorie venute in essere in un altro processo, anche tra parti diverse, talvolta persino con valore di prova esclusiva in assenza di alcun divieto di legge (v. l'ampia giurisprudenza citata in nota 1 dall'a.), non dà la stura all'idea che il materiale istruttorio formatosi altrove sia validamente fruibile nei confronti di chiunque; bensì consente una lettura secondo la quale, in virtù del principio di acquisizione, tutto il materiale probatorio legittimamente acquisito può concorrere a formare il suo libero convincimento. L'a. non condivide le conclusioni della Suprema Corte, ritenendo che i principi di *fairness* e ragionevolezza, di cui all'art. 6 Cedu, legittimino una critica alle soluzioni propense a favorire il fenomeno della circolazione fra processi scevra da limiti soggettivi (ivi, pp. 601-602).

²⁶ V. S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, cit., loc. cit.

²⁷ Così L.P. COMOGGIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., pp. 66-67.

zione si formano al di fuori del processo e in questo vengono meramente acquisiti, oppure l'ammissibilità e l'utilizzabilità delle prove, tipiche o atipiche, le quali siano state acquisite e assunte in diversi processi, nel contraddittorio fra le stesse parti o fra parti diverse²⁸. Perché il diritto di difesa possa considerarsi rispettato, dunque, conta in modo esclusivo la garanzia del contraddittorio *tout court*; cioè l'effettiva possibilità dell'instaurazione di un adeguato contraddittorio fra le parti in ordine alle risultanze di tutte le prove che siano state a qualunque titolo acquisite, formate o assunte, e che tale possibilità sia assicurata prima che esse vengano apprezzate e valutate dal giudice nella fase decisoria²⁹.

Il principio del contraddittorio nella fase della formazione della prova, dunque, e fatta la dovuta eccezione del processo penale, sarebbe recessivo rispetto al diritto alla prova, inteso quest'ultimo come «il diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa»³⁰; in ossequio al diritto alla prova, pertanto, il solo limite (oltre a quelli previsti dalla legge) sarebbe dato dal requisito della rilevanza: la parte potrebbe dunque avvalersi di tutte le prove «che appaiono ipoteticamente idonee ad apportare, direttamente o indirettamente, elementi di conoscenza intorno ai fatti che devono essere provati»³¹.

Il tema del diritto alla prova, della parità delle armi e del diritto di difesa conduce, quasi necessariamente, a confrontarci con almeno due ambiti nei quali essi si atteggiavano in modo peculiare, in ragione della intuitiva circostanza per cui, in questi processi, le parti sono formalmente in posizione di parità, ma è agevole riscontrare come, sostanzialmente, spesso si muovano su piani differenti; i riti ai quali si fa qui riferimento sono il processo amministrativo e il processo tributario³².

²⁸ È la conclusione al ragionamento che precede, v. *ibidem*.

²⁹ V. *ibidem*, p. 68.

³⁰ Così M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 78.

³¹ V. *ibidem*.

³² Ancorché qui si compia un accenno con specifico riguardo al tema dell'istruzione, si tornerà più oltre sul punto perché, come premesso introduttivamente, l'intenzione è quella di indagare, quantomeno a livello embrionale, la trasmigrazione di attività processuale anche fra tipi rituali giurisdizionalmente diversi.

Come è noto, in un primo momento si riteneva che la specificità del processo amministrativo non consentisse di estendere in via ermeneutica il novero dei mezzi di prova utilizzabili in altri modelli processuali al processo amministrativo³⁵. La dottrina meno risalente si spingeva prudentemente sul versante opposto, affermando che il sistema delle prove nel processo amministrativo poteva considerarsi aperto, cioè non limitato ai mezzi di prova specificamente ammessi e sorretto dal principio del libero convincimento del giudice³⁴.

A risolvere ogni dubbio (operazione in realtà non del tutto riuscita, perché vedremo oltre che i problemi non mancano) è intervenuto l'art. 63 c.p.a., dedicato ai "mezzi di prova" nel processo amministrativo, il quale consente, in buona sostanza, l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento. L'innovazione operata dal legislatore merita di essere salutata con favore; la dottrina antecedente alla riforma, infatti, aveva a più riprese sottolineato come nel processo amministrativo il diritto alla prova non fosse un dato acquisito con riferimento al suo autentico significato e alle necessarie implicazioni che questo avrebbe dovuto poi produrre sulla struttura del processo e sulla disciplina delle prove³⁵. Nel processo amministrativo infatti, ancorché giudizio di legittimità, il giudizio sul fatto è una componente necessaria, e quindi il ricorrente deve poter disporre di mezzi di prova adeguati in ordine alla prova dei fatti rilevanti per il giudizio; il principio di parità delle armi, in altri termini, regola (e deve regolare) anche il processo amministrativo, e la limitatezza di mezzi istruttori un tempo prevista per quest'ultimo non poteva che apparire in contrasto con questo principio³⁶. Del resto, oggi è lo stesso art. 2, comma 1°, c.p.a., a stabilire che «il processo

³⁵ *Ex multis*, v. E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1966, XIII, p. 1086.

³⁴ Così E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 493.

³⁵ V. l'ampio lavoro di G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, p. 158 ss., spec. p. 160.

³⁶ Così *ibidem*, pp. 214-220, ove l'a., scrivendo prima della riforma del c.p.a., sosteneva conclusivamente l'idea che alla povertà di strumenti istruttori del processo amministrativo potesse supplirsi ricorrendo alle prove atipiche, ricomprendendo fra queste anche le prove assunte in altro processo.

amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione»³⁷.

All'elemento determinato dalla diversa posizione delle parti si aggiungono, nel processo tributario, le ulteriori ricadute determinate dalla circostanza che, come è stato efficacemente affermato, nel diritto tributario la fallacia dell'equazione "prova giuridica = prova giudiziaria" si manifesta in modo assai netto rispetto ad altri settori dell'ordinamento. Nel processo penale, infatti, pur in presenza di prove *ante causam*, la prova regina è quella formata in dibattimento nel contraddittorio delle parti, alla presenza e sotto la direzione del giudice; nel processo amministrativo, la ricostruzione fattuale operata in sede di procedimento amministrativo non può che essere basata su prove³⁸. Nell'accertamento tributario, invece, la natura vincolata dell'attività svolta dalla p.a. spiega come l'istruttoria svolta dalle commissioni tributarie si presenti spesso come un *posterius* rispetto all'istruttoria compiuta dall'ente impositore, il quale accerta l'insieme degli enunciati fattuali concorrenti a definire l'*an* e il *quantum* del tributo accertato. I fatti da provare nel giudizio tributario, pertanto, sono spesso il risultato ultimo di un processo cognitivo svolto prima e fuori dal processo, attraverso elementi probatori raccolti nel corso dei controlli fiscali; sull'ammissibilità e sulla rilevanza di tali elementi il giudice tributario sarà chiamato a pronunciarsi allorché il contribuente, con il proprio ricorso, avrà reso giudizialmente controversi i fatti posti dall'erario a fondamento della pretesa. *Rebus sic stantibus*, l'istruttoria del procedimento fiscale finisce inevitabilmente per influenzare quella giudiziaria, anche sotto il profilo delle prove utilizzabili³⁹.

³⁷ Peraltro, come nota opportunamente L. TORCHIA, *I principi generali. Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 1117 ss., spec. p. 1120, spetterà al giudice assicurare che l'asimmetria ormai inattuale e costituzionalmente inaccettabile tradizionalmente propria del processo amministrativo non riemerge dietro lo schermo di una parità delle parti solo formale.

³⁸ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, in *Dig., disc. pubbl., sez. civ.*, Torino, 2005, pp. 4-5.

³⁹ V. *ibidem*, dove peraltro l'a. precisa che comunque l'istruttoria giudiziaria può influire su quella procedimentale, in tutti i casi in cui sia vietato dalla legge l'utilizzo nel processo di una certa tipologia di prova. La prova giuridica non am-

A ciò si aggiunga la considerazione che il procedimento di accertamento tributario non è informato al principio del contraddittorio: il provvedimento può essere adottato dalla p.a. indipendentemente dal fatto che i privati interessati siano stati messi in condizione di esporre le proprie ragioni, sia a tutela del proprio interesse che a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico⁴⁰; e benché il contraddittorio sia andato acquisendo negli ultimi decenni un'importanza crescente da cui non è andato esente l'ambito del processo tributario, cionondimeno il contraddittorio endoprocedimentale tra il contribuente e l'ente impositore costituisce l'eccezione, potendo esplicarsi soltanto nei casi previsti dalla legge⁴¹. Se la posizione di disparità delle parti è evidente, va tuttavia sottolineato un dato positivo con riferimento al processo tributario, ovvero la circostanza che non esista un catalogo tassativo di prove o che siano utilizzabili come tali soltanto gli strumenti così qualificati dalla legge *expressis verbis*, bensì, secondo la definizione taruffiana prima ricordata, ogni elemento che serve logicamente a dimostrare la rispondenza al vero di un enunciato fattuale, e ciò naturalmente vale non solo per l'ente impositore ma anche per il contribuente. Risulta così recuperata una qualche intensità al principio di parità delle armi anche nel processo tributario.

7. *Il principio di economia processuale e la prova assunta come "effetto processual-sostanziale" della domanda*

Un argomento frequentemente invocato a sostegno della trasmissibilità di materiale processuale da una sede all'altra, e richiamato proprio con specifico riferimento alla circolazione delle prove, è il principio di economia processuale, inteso nell'accezione di non dispersione dell'attività istruttoria già espletata in altro processo. Ora,

messa nel processo è vietata nel procedimento o, ove esperita, va depotenziata della sua efficacia dimostrativa, non potendo da sola costituire il fondamento della pretesa impositiva.

⁴⁰ Sul tema v. Corte cost., sent. n. 13 del 2 marzo 1962, in *Giur. cost.*, 1962, p. 126 ss., con nota di V. CRISAFULLI.

⁴¹ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 5.

come è stato efficacemente notato, il pur nobile e importante principio di economia processuale deve essere considerato recessivo rispetto a principi che hanno ben altra consistenza in materia processuale, ed in specie in materia di istruzione probatoria, quali il principio dell'oralità e il principio del contraddittorio⁴².

L'opinione pare ampiamente condivisibile; e tuttavia occorre domandarsi se non residui alcuno spazio all'operare del principio di economia processuale in materia di recupero istruttorio. Come spesso accade, una risposta netta non solo non è possibile ma non sarebbe neppure opportuna o corretta. In soccorso può venire quanto affermato dalla Consulta, è vero sì con riferimento al processo penale, ma conducendo il proprio ragionamento attraverso principi generali che, in quanto tali, sono a mio avviso idonei ad operare nella teoria generale del processo⁴³. Interpellato riguardo all'uso che il giudice penale possa fare di prove formate al di fuori della sede dibattimentale, il giudice delle leggi, ribadito che fine del processo penale è la ricerca della verità (affermazione questa che, evidentemente, può estendersi a quasivoglia tipo di processo), affronta il problema della prova che, formatasi prima e al di fuori del dibattimento, non possa essere reiterata in questa sede, ponendosi così la questione del rilievo che possa o debba essere dato a quel materiale istruttorio; e ritiene di risolverlo affermando che il principio dell'oralità e dell'immediatezza nella formazione della prova non è "regola assoluta", bensì criterio-guida del nuovo processo penale. Occorre, pertanto, temperare il rispetto del metodo orale con l'esigenza di evitare la perdita, ai fini della decisione, di quanto acquisito prima del dibattimento e sia irripetibile in tale sede; accanto al principio di oralità, dunque, opera il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente o non genuinamente acquisibili col metodo orale.

⁴² V. S. MAGNONE CAVATORTA, *Osservazioni circa l'utilizzazione, con valore di prova, dinanzi alla Commissione tributaria regionale, della relazione di consulenza tecnica redatta in un processo diverso*, in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 609 ss., spec. p. 612, ove l'a. afferma che i suddetti principi possono venire decisamente violati dall'uso delle prove formate altrove, quand'anche vi sia identità di parti dei giudizi.

⁴³ Il riferimento è a Corte cost., sent. 18 maggio-3 giugno 1992, n. 255, in www.cortecostituzionale.it.

Sulla base dei ragionamenti che precedono, si potrebbe allora sostenere che i principi del contraddittorio e dell'oralità nella formazione della prova hanno opportunamente diritto di precedenza in materia di formazione della prova, così che, ove sia possibile, è certo preferibile ripetere la prova nel contraddittorio delle parti, *a fortiori* ove queste non siano le medesime; tuttavia, laddove la prova non sia ripetibile e da essa sia possibile trarre, per il giudice, elementi importanti al fine di una più compiuta ricostruzione dei fatti oggetto del processo, il diritto alla prova (si badi, non il principio di non dispersione delle prove e, quindi, di economia processuale), consente alla parte di richiamare e al giudice di valutare il risultato probatorio altrove formatosi; il quale sarà sempre e comunque oggetto di libera e prudente valutazione da parte del giudice⁴⁴.

Piuttosto, a sostegno della teoria favorevole alla circolazione di materiale istruttorio da un giudizio ad un altro, si potrebbero avanzare due teorie. La prima, elaborata dalla migliore dottrina qualche tempo addietro in tema di ragionevole durata del processo, suggerisce di leggere la nozione non come semplice misurazione temporale della lunghezza del processo, ma come ragionevole impiego di risorse in relazione a quel processo⁴⁵; così inteso, anche il principio di ragionevole durata è di conforto, nel rispetto beninteso di altre condizioni già accennate e su cui si tornerà, alla trasmigrazione delle prove fra distinti giudizi, non vedendosi perché impiegare ed investire altro tempo e altre risorse nell'esperimento di attività istruttoria già disponibile *aliunde*. La seconda invece è una nuova teoria che qui si propone, e che pensa alla prova raccolta in un determinato giudizio come ad un effetto della domanda giudiziale; in quanto tale, l'effetto si produrrebbe in virtù della proposizione della domanda. A differenza, tuttavia, degli effetti della domanda che tradizionalmente siamo adusi a concepire in termini di effetti sostanziali e

⁴⁴ Su cui la libertà di valutazione delle prove incombe come un peso, allorché si tratti di distinguere «ciò che è sufficiente per poter ritenere provato un fatto e ciò che è sufficiente per dover ritenere provato un fatto», come nota S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, spec. p. 168.

⁴⁵ Così P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, cit., spec. p. 479.

di effetti processuali⁴⁶, la prova raccolta andrebbe a costituire una distinta categoria, che potremmo chiamare “effetto processual-sostanziale” della domanda: processuale, perché la prova, intesa come esperimento dello strumento probatorio di volta in volta considerato, è fenomeno che riguarda il rito, il processo; sostanziale, perché la prova è cammino verso la dimostrazione di un fatto materiale che sostanzia una posizione giuridica soggettiva. Quindi, attraverso un'endiadi, la prova esperita potrebbe essere riguardata come effetto processual-sostanziale della domanda. Più concretamente: nel processo il giudice (munito o meno di giurisdizione non rileva, perché abbiamo già visto come la giurisdizione sia presupposto per la decisione nel merito della domanda e non per l'assunzione delle prove, come avvalorato dalle svariate ipotesi in cui ad un giudice che non ha il potere di decidere nel merito viene affidata l'assunzione della prova)⁴⁷ procede all'assunzione di un mezzo di prova. Quel risultato probatorio esiste in quanto tale e, ove ammissibile e rilevante, è idoneo alla trasmigrazione in diverse sedi processuali, nelle quali sarà sottoposto al vaglio del principio del contraddittorio, anche ove le parti dei diversi giudizi siano le medesime. Ove una parte insistesse per la ripetizione del procedimento probatorio e ciò fosse possibile (ad esempio, disponendo una nuova audizione del testimone), il giudice sarà libero di procedere in questo senso ove lo ritenga opportuno nell'esercizio della propria discrezionalità. Ma ove il giudice ritenesse di avvalersi della prova già assunta (qui sì anche per ragioni di economia processuale, ritenendo che sarebbe una duplicazione di attività già svolta ascoltare nuovamente il teste di cui si possiedono a verbale le dichiarazioni e a cui non vogliono

⁴⁶ Il tema è classico. Distinguono fra effetti processuali ed effetti sostanziali della domanda, P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2013, p. 288 ss.; e G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2015, vol. II, p. 39 ss. All'individuazione delle fattispecie tradizionalmente inquadrate nelle due categorie, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2014, vol. I, p. 130, aggiunge «un effetto processuale *sui generis* della domanda giudiziale di merito», quello di tenere in vita, ove tempestivamente proposta e diligentemente coltivata, la misura cautelare anticipatoria ottenuta *ante causam*. Distingue invece tra effetti procedurali, effetti processuali in senso stretto, effetti sostanziali prodotti dalla proposizione della domanda ed effetti sostanziali che ne presuppongono l'accoglimento, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 68 ss.

⁴⁷ V. *sub* cap. I, §§ 2 e 4, cap. II, § 5.

porsi quesiti nuovi) o questa non fosse ripetibile, la valutazione da parte del giudice della prova *aliunde* ai fini della decisione dovrebbe a mio avviso ritenersi del tutto legittima, e la decisione assunta, limitatamente a questo profilo, esente da vizi che ne giustifichino l'impugnazione.

Dalla considerazione della prova come effetto della domanda così inteso potrebbero derivare alcuni corollari. Un primo potrebbe concernere l'applicazione del principio di conservazione degli effetti della domanda in tutte le ipotesi in cui si ponga la relativa questione, per esempio nelle fattispecie riassuntive⁴⁸. Se a seguito della riassunzione, infatti, è lo stesso rapporto processuale che prosegue⁴⁹, la conservazione degli effetti prodotti dalla prima domanda⁵⁰ – e fra questi il materiale probatorio raccolto, al quale non si sarebbe fatto luogo in assenza di quell'iniziativa giudiziaria – comporterebbe conservazione del materiale istruttorio già formato. Ragionando altrimenti, e quindi ipotizzando che a seguito della riassunzione non operi un meccanismo di conservazione degli effetti già prodottisi, si vanificherebbe il senso dell'istituto della riassunzione: *cui prodest* riassumere se gli effetti maturati vanno perduti? Tanto varrebbe iniziare *ex novo* un altro giudizio⁵¹.

⁴⁸ In senso contrario a quanto sostenuto è necessario ricordare che la migliore dottrina ha affermato che vera e propria conservazione degli effetti della domanda, in ipotesi di rapporti tra diverse giurisdizioni, potrebbe aversi soltanto ove a monte vi fosse stata unificazione tra le giurisdizioni, v. E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, cit., spec. p. 706, ove peraltro l'a. si dichiara apertamente contrario a detta unificazione.

⁴⁹ In questo senso, osserva C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., p. 886, che nella riassunzione è lo stesso processo che prosegue, ciò che comporta, con riferimento all'ipotesi della *translatio*, che cautele disposte e prove raccolte rimangano valide e non subiscano degradazioni. Dello stesso a., v. anche ID., *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo "codice della giustizia amministrativa"*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 758 ss.

⁵⁰ Con riferimento all'ipotesi della *translatio iudicii*, sul principio di prosecuzione del processo davanti al giudice munito di giurisdizione e di conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda, v. anche Corte cost., ord. 4 luglio 2011, n. 212, e ord. 10 marzo 2010, n. 110.

⁵¹ Sul rapporto fra "conservazione" e "riassunzione" come fattispecie che non necessariamente vanno di pari passo, v. R. FRASCA, *Giurisdizione e translatio iudicii: guerra fra le Corti o virtuosa coincidentia oppositorum?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 693 ss., spec. p. 696.

8. *La circolarità dell'azione e le differenze ravvisabili (e inevitabili) fra riti processuali propri di diverse giurisdizioni*

Un argomento di particolare spessore *contra* la circolazione di attività processuale da un giudizio ad un altro potrebbe essere rappresentato dall'esistenza di differenze, ora più ed ora meno macroscopiche, fra i riti processuali previsti nelle sedi in cui l'attività processuale è stata compiuta. Qui vorrebbe porsi un primo tassello del ragionamento che condurrà a rispondere al quesito sul se queste differenze, innegabili, fra diversi tipi di processo siano idonee a precludere in radice la trasmigrazione di materiale processuale da una sede all'altra ovvero, e si anticipa che è questa l'opzione per cui si propende, sia possibile ipotizzare a determinate condizioni l'osmosi processuale.

Ora, è un dato di fatto che in origine non si sia affatto posto il problema che il legislatore, nell'accingersi a dettare un certo modello processuale, lo facesse in modi differenti per un tipo di rito rispetto ad un altro; e non soltanto perché l'oggetto e le finalità delle giurisdizioni erano differenti, ma anche perché le diverse giurisdizioni erano concepite come non destinate a comunicare fra loro, ciò che consentiva di poter adottare riti processuali anche profondamente diversi allorché si andava a regolare il processo civile, quello penale, quello amministrativo, il rito tributario, e via di questo passo⁵².

Progressivamente, e il movimento, come si è ricordato, è iniziato in modo lento ma costante, il problema delle differenze fra riti processuali è venuto a porsi in maniera sempre più consistente, fino a divenire ineludibile con l'introduzione del principio della *translatio iudicii*. Fin da subito, infatti, la dottrina ha notato come i processi, nelle diverse giurisdizioni, siano diversamente impostati *ab origine* anche quanto a formulazione della domanda⁵³. È noto, a titolo

⁵² LO nota M.C. VANZ, *Il funambolico confine tra giurisdizioni*, cit., p. 11, ove l'a. parla di «componenti strutturali dei diversi processi, disomogenee e forgiate, ognuna, in un contesto solitario, non destinato (nell'ordito originario almeno) ad un reciproco interscambio».

⁵³ *Ibidem*, ove l'a. aggiunge, con riferimento al tema della *translatio*, che a causa di ciò può talvolta essere arduo impostare in termini di semplice "riassunzione" la trasmigrazione del processo da un contesto all'altro.

esemplificativo, come il processo amministrativo abbia ad oggetto per lo più domande il cui *petitum* è l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato, ciò che invece non è proprio del processo civile⁵⁴. Per questa ragione, si è sostenuto che la traslazione da un giudice ad un altro non può significare soltanto trasferimento della domanda originaria, come avviene per esempio nell'ipotesi di incompetenza, ma impone la formulazione di una domanda con forme e contenuto del tutto diversi; nel passaggio dal giudice ordinario al giudice amministrativo, quindi, l'attore non potrà limitarsi a richiamare l'atto introduttivo del giudizio, ma dovrà adeguarsi alle forme e alle possibilità di tutela del processo amministrativo (per esempio modificando l'atto di citazione in ricorso, con il corredo dei motivi necessari all'impugnazione dell'atto amministrativo)⁵⁵. E tuttavia, fatte queste doverose e giuste premesse, e al di là dell'ammissibilità di un aggiustamento della domanda, occorrerà adottare verso la stessa un approccio "sostanzialistico", individuando le domande dell'istante non alla luce di specifici parametri formali o di formule sacramentali, ma con riferimento al bene della vita e alla tutela concretamente richiesti⁵⁶.

Un altro ordine di differenze importanti fra riti processuali è ravvisabile nella disciplina dell'istruttoria. Il modello processuale del singolo rito, infatti, ridonda necessariamente sulle caratteristiche dell'istruttoria proprie del medesimo⁵⁷. Con riferimento al processo amministrativo, ad esempio, è stato sottolineato come la stretta connessione esistente tra il momento probatorio e la tipologia processuale abbia di fatto condizionato la disciplina dell'istruzione anche con riguardo ai mezzi di prova ammessi (essendosi dovuto attendere il c.p.a. per avere un recepimento della disciplina del c.p.c.

⁵⁴ Sul tema del rapporto fra giudizio civile e processo amministrativo, v. V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2006, p. 1 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, ivi, 2000, p. 704 ss.

⁵⁵ V. F. TALLARO, in *Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, Roma, 2010, I, p. 152.

⁵⁶ Ancora *ibidem*, p. 153.

⁵⁷ Ampiamente, sulla diversità strutturale dell'istruttoria modulata in funzione di diverse esigenze in dipendenza dell'oggetto della tutela, v. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 240 ss.

anche con riferimento al processo amministrativo di legittimità)⁵⁸. Pertanto, la trasmigrabilità delle prove fra processi non potrà essere “incondizionata”, ma dovrà tenere conto del diverso sistema probatorio che caratterizza i procedimenti, in tutte le ipotesi in cui questi siano diversi⁵⁹.

E ancora, rimanendo in ambito di differenze fra diversi riti processuali, altre ne sono ravvisabili in sede di impugnazione. Per limitarsi a citare una differenza macroscopica, nel giudizio di appello in sede di processo tributario è consentito alle parti di produrre nuovi documenti, in base alla norma di cui all'art. 58, comma 2°, d.lgs. n. 546 del 31 dicembre 1992, la quale è norma speciale, quindi prevalente, rispetto a quella di cui all'art. 345 c.p.c. nella sua attuale formulazione⁶⁰.

Ora, a me pare che continuare a ragionare in termini di differenze fra riti processuali, chiedendosi di volta in volta se queste siano idonee a consentire la trasmigrazione di attività processuale oppure no, non porti ad alcun risultato utile, perché costringe la visuale dell'osservatore nel vicolo cieco delle differenze e ingabbia il ra-

⁵⁸ V. F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 372. Come è noto, oggi l'art. 63, comma 5°, c.p.a., contempla per il processo amministrativo tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c., esclusi il giuramento e l'interrogatorio formale, la *ratio* della cui esclusione andrebbe ravvisata, secondo l'a., nella ritenuta incompatibilità tra la natura della prova legale e il sistema dispositivo con metodo acquisitivo, che è basato sul principio del libero convincimento del giudice, e nella ritenuta indisponibilità delle posizioni giuridiche soggettive oggetto del processo amministrativo.

⁵⁹ Lo notano S. ARMELLA, F. DI LUCIANO, *L'utilizzo delle intercettazioni nel processo tributario e il delicato equilibrio con il diritto di difesa e il principio del giusto processo*, cit., p. 390, con riferimento ai rapporti fra processo tributario e processo penale, ma il rilievo mi pare estendibile a tutte le ipotesi di trasmigrabilità di prove fra diversi processi che possiamo immaginare. Più sfumata la posizione di V. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81 ss., spec. p. 99, ad avviso della quale, pur dovendosi tenere conto della differenza dei regimi istruttori presenti nei diversi plessi giurisdizionali, l'ambito di applicazione della norma che prevede la degradazione delle prove da piene ad argomenti di prova andrebbe circoscritto.

⁶⁰ Ampiamente sul tema v. S. MAGNONE CAVATORTA, *I nuovi documenti nei confini dell'appello come “novum iudicium”*, in *Riv. giur. trib.*, 2010, p. 332 ss., spec. p. 338, ove l'a. nota come a differenza del processo civile, che ha progressivamente ristretto la possibilità di ingresso di nuovi mezzi istruttori nel giudizio di appello, il processo tributario pare improntato al modello dell'appello come *novum iudicium* anziché come *revisio prioris instantiae*.

gionamento nella logica del caso per caso: laddove un approccio di carattere sistematico condurrebbe invece a proporre una soluzione fondata su principi di teoria generale che, in quanto tali, consentano una risposta tendenzialmente valida nella pressoché totalità dei casi (e naturalmente, come sempre è in diritto, suscettibile di poche giustificate eccezioni).

Capovolgendo dunque l'approccio, bene ha scritto chi ha affermato che la circolarità dell'azione tra tutti i processi delle diverse giurisdizioni interne al nostro ordinamento postula necessariamente una «tendenziale uniformità della disciplina processuale, secondo criteri di funzionalità e di celerità, salva la specificità che qualifica la diversità delle giurisdizioni in relazione alla varietà tipologica delle azioni e dei relativi processi»⁶¹. A fronte di ciò, è possibile constatare come il ravvicinamento verificatosi negli ultimi decenni, in maniera evidente fra processo civile ed amministrativo fra tutti⁶², apporti acqua al mulino della circolarità dell'azione⁶³. E, secondariamente, occorre chiedersi se le inevitabili differenze che permangono – e sempre permarranno, ancorché in misura che potrà divenire minore – fra riti processuali diversi, siano idonee ad impedire *tout court* la trasmigrazione di attività processuale da una sede all'altra oppure no.

Alla questione ora posta a me pare possa risponderci seguendo il secondo corno del dilemma: la differenza processuale fra riti non è *ex se* idonea a renderli impermeabili rispetto all'osmosi di mate-

⁶¹ Così C. GLENDI, *Nuova riforma del processo civile e processo tributario*, in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 933 ss., spec. p. 935, ove l'a. aggiunge che ciò è necessario affinché non risulti frustrato il precetto costituzionale della protezione delle posizioni giuridiche soggettive azionate.

⁶² Ormai classico è il tema della c.d. "civilizzazione" del processo amministrativo. V. *ex multis* C. CONSOLO, *Il processo amministrativo fra snellezza e "civilizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1265 ss.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 21 ss.; E. FAZZALARI, *Responsabilità aquiliana e compiti dei giudici, civile e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 289 ss.

⁶³ È nella stessa Relazione al codice del processo amministrativo che si legge «[...] il codice contiene, nondimeno, numerosi rinvii al c.p.c., che rimane la fonte dei fondamentali principi processuali [...] ne è risultato un codice che, pur nella sua autonomia rispetto a quello di procedura civile, fa proprie le regole di questo che sono espressione di principi generali [...]». Ampiamente sul tema v. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011, spec. p. 16 ss.; L. TORCHIA, *I principi generali. Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit., p. 1120.

riale processuale da una sede all'altra. Per le ragioni che cercherò di spiegare, ora in via di sintesi e successivamente, nei capitoli che seguono, attraversando i principali modelli processuali.

Innanzitutto, la tendenziale uniformità dei riti processuali è un postulato, come si ricordava sopra con riferimento alla circolarità dell'azione; ma "postulato" non può significare in questa sede "condizione", "presupposto", altrimenti il ragionamento non si reggerebbe in piedi, sapendo che i riti sono difformi e dovendo quindi dedurre necessariamente che la condizione su cui si pretende di costruire il ragionamento, di fatto, non esiste. La tendenziale uniformità dei riti pare essere quindi, piuttosto, una condizione in via di progressiva realizzazione, un obiettivo, addirittura un criterio di *law making* per certi aspetti.

Secondariamente, essa non è certo un principio generale o riconosciuto, nel nostro come in altri ordinamenti. La Corte costituzionale ha affermato a chiare lettere che «non esiste affatto un principio (costituzionalmente rilevante) di necessaria uniformità di regole processuali tra i diversi tipi di processo»⁶⁴. Non necessariamente, dunque, il principio di parità delle armi, che secondo la giurisprudenza costante della Consulta rappresenta l'espressione in campo processuale del principio di uguaglianza, è leso dalla presenza di norme differenti nelle diverse sedi processuali⁶⁵. Le regole processuali, e ciò secondo una metafora della più classica dottrina sul tema, non sono altro che le regole del gioco, i segnali stradali, il copione da recitare; un elemento formale, insomma. Consentire ad un elemento formale, e a suoi eventuali differenti atteggiarsi nelle varie sedi processuali, di paralizzare lo scopo del processo, cioè la pro-

⁶⁴ È la celeberrima pronuncia di Corte cost., 12-21 gennaio 2000, n. 18, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁵ Così prosegue il ragionamento di Corte cost., 12-21 gennaio 2000, n. 18, cit.; la specifica questione oggetto di pronuncia era la legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 4°, d.lgs. n. 546 del 31 dicembre 1992, nella parte in cui esclude l'ammissibilità della prova testimoniale nel processo tributario. Come noto, la Consulta ritenne che il divieto di prova testimoniale nel processo tributario trovasse una sua ragionevole giustificazione nella "spiccata specificità" del processo tributario rispetto a quello civile ed amministrativo, correlata sia alla configurazione dell'organo decidente sia al rapporto sostanziale oggetto del giudizio, nonché alla circostanza che il processo tributario sia ancora, specie sul piano istruttorio, in massima parte scritto e documentale.

nuncia di un provvedimento sul merito⁶⁶ che consenta alla parte di ottenere concretamente soddisfazione della pretesa vantata, sarebbe irragionevole (in senso tecnico), antistorico (perché è ampiamente finito il tempo dell'applicazione formalistica della legge), incostituzionale (perché il diritto di azione mira, *ex art. 24*, comma 1°, Cost., alla "tutela", peraltro *effettiva*, della posizione giuridica agita in giudizio)⁶⁷.

Se si concorda con queste premesse, si può convenire su un loro corollario in via di parziale conclusione sul tema: la differenza processuale di rito fra i vari sistemi dei distinti plessi giurisdizionali non è in sé idonea ad impedire la trasmigrazione di materiale processuale da una sede ad un'altra, quando ciò possa essere funzionale, *a fortiori* ove ciò sia indispensabile, ai fini di una migliore trattazione della causa nel merito. E ciò in specie ove si consideri l'influenza che le norme di rito hanno rispetto all'attitudine del processo al raggiungimento della verità⁶⁸.

Come ho precisato, la conclusione sul tema è qui soltanto parziale; ritengo infatti di una qualche utilità, ciò che sarà oggetto del capitolo successivo, un *excursus* sintetico ma auspicabilmente non generico, sugli scheletri dei principali modelli processuali, per verificare se siano a tutt'oggi effettivamente ravvisabili macrodifferenze che possano costituire un ostacolo insormontabile alla tesi che qui si ritiene di sostenere oppure no.

⁶⁶ *Ex multis* sulla preclara affermazione G. MONTELEONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 863 ss., spec. p. 865, sull'accertamento come «vero ed unico fine intrinseco del giudizio».

⁶⁷ È invece definito "principio" da Corte cost., sent. 12 marzo 2007, n. 77, cit., quello per cui le norme processuali non sono fini a sé stesse, ma «funzionali alla migliore preparazione della decisione nel merito [...] in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa».

⁶⁸ V. L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale*, cit., spec. p. 125.

PARTE SECONDA
ARGOMENTI A FAVORE DELLA TRASMIGRAZIONE
DI ATTIVITÀ PROCESSUALE

CAPITOLO IV

INTORNO AL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Il processo amministrativo: la novità rappresentata dall'entrata in vigore del codice di rito. – 2. Caratteristiche dell'istruzione probatoria. – 3. La prova testimoniale. – 4. La verifica e la consulenza tecnica: inidoneità della prima, a differenza della seconda, alla trasmutazione. – 5. Il processo amministrativo e la prova assunta in altro giudizio.

1. *Il processo amministrativo: la novità rappresentata dall'entrata in vigore del codice di rito*

È a tutti noto che attraverso il d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 si è proceduto all'introduzione nel nostro ordinamento del codice del processo amministrativo¹. L'assoluta novità, se si considerano i numerosi decenni trascorsi da quella che è stata l'età delle codificazioni riguardanti altri tipi di processo², ha suscitato reazioni di diverso segno.

Accanto a chi sottolinea come il c.p.a., nonostante contrarie apparenze, abbia profondamente cambiato il processo ammi-

¹ Il d.lgs. non utilizza esplicitamente l'espressione "codice", essendo intitolato "Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo".

² Nota C.E. GALLO, *Il codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. e app.*, 2010, p. 1013 ss., spec. p. 1013, che mentre il r.d. 28 ottobre 1940, n. 1443, era intitolato "Approvazione del codice di procedura civile", e il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, "Approvazione del codice di procedura penale", per il processo amministrativo il legislatore ha seguito un atteggiamento di *understatement*.

nistrativo³, altri offrono una lettura meno entusiastica⁴, e altri ancora ne affermano la natura di punto di partenza per una nuova tappa verso l'effettività della tutela del cittadino nei confronti della p.a.⁵.

Nell'impianto sistematico del c.p.a., guardando tra le righe di queste diverse forme di azione e di tutela, sembra decisa la tenden-

³ In questo senso F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 988 ss., spec. pp. 988-990, ove l'a. individua il cambiamento, concretamente, nell'esaltazione del ruolo del giudice, nel rafforzamento del sistema di tutela dei privati nei confronti della p.a. e in una più piena configurazione dell'interesse legittimo, onde il processo amministrativo appare maggiormente finalizzato a rendere giustizia che non a curare l'interesse pubblico. Dello stesso a., v. anche *Giustizia amministrativa*, cit., pp. XXI e 35, ove si afferma la decisa positività della valutazione del c.p.a., che ha finalmente una disciplina organica e unitaria e non più un processo diverso per ogni forma di giurisdizione spettante al giudice amministrativo.

⁴ È il caso di D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 1129, che evidenzia come il c.p.a. si mantenga nei termini di un sostanziale riordino del sistema previgente con alcuni modesti aggiustamenti, restando fundamentalmente fermi gli elementi che definiscono i confini e i caratteri strutturali della giurisdizione del giudice amministrativo: il criterio di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo sulla base della posizione giuridica soggettiva vantata, l'inclusione nella protezione dell'interesse legittimo della tutela risarcitoria dei danni conseguenti alla sua lesione, la possibilità di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su determinate materie, la classica tripartizione della giurisdizione in esclusiva, di merito e di legittimità, l'esclusione della giurisdizione su atti emanati nell'esercizio del potere politico. Nello stesso senso anche A. TRAVI, *Prime considerazioni sul codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1125 ss., spec. p. 1125, ove l'a. ritiene che nel complesso il processo amministrativo esca confermato nel suo assetto tradizionale e pertanto con tutti i limiti che lo contraddistinguono, non essendosi proceduto in realtà ad una riforma più incisiva. Per una efficace e pungente sintesi di come il progetto di c.p.a., elaborato da una commissione costituita presso il Consiglio di Stato, abbia subito da parte del legislatore significativi ritocchi che ne hanno modificato le caratteristiche, v. F. MERUSI, *In viaggio con Laband...*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 658 ss.

⁵ Così M. CLARICH, *Le azioni. Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 1121 ss., spec. p. 1121, ove l'a. sottolinea come il nuovo codice si muova sul crinale fra il vecchio modello di processo, ancorato alla tradizione del giudizio impugnatorio e dell'azione di annullamento, e un nuovo modello, aperto a una gamma più ampia di azioni. Il c.p.a. segna invece un punto di arrivo nel senso del «completamento del processo che conduce alla configurazione della giurisdizione amministrativa come una giurisdizione piena» ad avviso di A. PAJNO, *Introduzione*, in *AA.VV., Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, Milano, 2011, p. 63.

za ad unificare il regime processuale, ridimensionando fortemente le differenze tra i tipi di giurisdizione amministrativa⁶.

Un'altra tendenza, ancorché discussa, appare innegabile, ovvero la progressiva trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto. L'esigenza di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale, unitamente alla consapevolezza della valenza sostanziale dell'interesse legittimo al fine di garantirne una tutela piena e soddisfacente, ha portato a spostare il sindacato del giudice amministrativo dall'atto verso il rapporto giuridico controverso e l'assetto di interessi sottostante⁷. Tale tendenza, peraltro, efficacemente definita come "cambio di paradigma", non sarebbe limitata al nostro ordinamento, ma parrebbe emergere altresì ove si compia un'analisi comparatistica del fenomeno: anche la giurisdizione amministrativa, in altri termini, deve assicurare al cittadino il conseguimento del bene della vita, cioè di quell'utilità specifica a cui la disciplina sostanziale, attraverso l'enucleazione di una posizione giuridica soggettiva, ha inteso dare riconoscimento⁸.

Come sopra accennavo, questa tendenza è oggetto di discussione; autorevole dottrina, infatti, ritiene che ancor'oggi il processo amministrativo sia nel novanta per cento dei casi un giudizio di

⁶ V. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., pp. 35 ss. e 45 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 67 ss. e 97 ss. La tendenza che sopra ho definito "decisa" è invece "evidente" ad avviso di M. MAZZAMUTO, *Commento all'art. 155*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., p. 1087. Le norme di diritto positivo a cui può farsi riferimento in ordine al fenomeno evidenziato sono, fra altre, l'art. 7 c.p.a., che disegna l'ambito della giurisdizione amministrativa, articolata in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito (art. 7, comma 3°); quanto alle azioni di cognizione, esse vengono articolate in azione di annullamento (art. 29), di condanna (art. 30), avverso il silenzio e declaratoria di nullità (art. 31).

⁷ V. P. DE LISE, *Prefazione*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., pp. 8-9, ove l'a. sottolinea come il c.p.a. abbia confermato e rafforzato questa tendenza attraverso vari elementi, tra cui la previsione di nuovi mezzi di prova e l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. In questo senso v. anche F. CORTESE, *Il commento a Cons. Stato, ad. plen., 25 marzo 2011 n. 3*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, p. 962 ss., spec. p. 965, ove l'a., forse in modo *tranchant*, ritiene "definitivamente" avvenuta la trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, e realizzato il "superamento" dell'ancillarità del rimedio risarcitorio rispetto all'azione di annullamento.

⁸ Così A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., pp. 885 e 887.

impugnazione sull'atto⁹. Probabilmente, la lettura preferibile sta nel mezzo di queste due interpretazioni, e vede il processo amministrativo, originariamente concepito come giudizio di impugnazione di atti e di verifica del modo di esercizio del potere, a tutt'oggi caratterizzato da questo suo fondamentale tratto; nel tempo, tuttavia, è andato adattandosi alle esigenze di una tutela effettiva delle posizioni giuridiche soggettive, superando la sua originaria forma purissima e accogliendo altri, pur fondamentali, tipi di tutela¹⁰.

Ciò che qui preme sottolineare è un dato che, al di là della disputa accennata, pare chiaro: il giudizio amministrativo ha ampliato lo spettro della tutela disponibile per il cittadino, passando da un carattere quasi esclusivamente impugnatorio a forme di azione e di tutela oggi meno distanti di un tempo rispetto alle forme di azione e di tutela caratteristiche, per esempio, del processo civile. Questo mutamento si riverbera, necessariamente, sui tratti istruttori; se infatti, prima della riforma intervenuta col d.lgs. n. 104 del 2010, si notava come l'istruttoria nel rito amministrativo presentasse caratteri tendenzialmente omogenei, peculiari e ben diversi dal processo civile, a causa della diversità dell'oggetto dei due processi¹¹, oggi questo dato è certamente più sfumato, come conferma, fra l'altro, la circostanza che il catalogo delle prove del processo amministrativo sia stato significativamente modificato nel senso di estenderlo a pressoché tutti i mezzi di prova disponibili nel processo civile, con l'esclusione del giuramento e dell'interrogatorio formale (art. 63, ult. comma, c.p.a.).

2. *Caratteristiche dell'istruzione probatoria*

In origine, infatti, l'istruttoria nel processo amministrativo aveva un ruolo decisamente defilato e marginale, essendo il giudizio incentrato essenzialmente sull'atto. Fu già con l'entrata in vigore della

⁹ V. C.E. GALLO, *Il codice del processo amministrativo: una prima lettura*, cit., p. 1022; M. CLARICH, *Le azioni. Il nuovo codice del processo amministrativo*, cit., p. 1128.

¹⁰ In questo senso v. F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 163.

¹¹ V. per tutti M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., pp. 293-295.

Costituzione che questi assetti iniziarono ad evolversi, poiché l'assimilazione, postulata dagli artt. 24 e 113 Cost., tra diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini della tutela giurisdizionale, non poteva che dare la stura a una rivisitazione dei principi sull'istruttoria nel processo amministrativo¹². L'enucleazione del "principio dispositivo con metodo acquisitivo" fu la felice intuizione della dottrina, che divenne il principale attore di questa evoluzione. La più autorevole dottrina del tempo, ricostruendo l'istruttoria nel processo amministrativo secondo categorie processualistiche, ritenne che essa fosse governata da principi analoghi a quelli dell'istruttoria nel processo civile, e che dunque anche il processo amministrativo fosse retto dal principio dispositivo, in quanto in esso potevano trovare ingresso i soli fatti allegati dal ricorrente; semplicemente, nel processo amministrativo risultava attenuato il rigore dell'onere della prova, gravando sul ricorrente soltanto un onere del principio di prova, giustificandosi ciò in virtù della disegualianza sostanziale fra le parti del processo amministrativo e sulla circostanza che il privato possa non conoscere tutti gli atti e i documenti in possesso della p.a. sulla cui base l'atto è stato adottato¹³. Tant'è che dopo la pubblicazione di quest'opera, il principio dispositivo, temperato dal metodo acquisitivo, è divenuto il paradigma dell'istruttoria nel processo amministrativo, che vede il giudice attribuire l'incombente istruttorio alla parte che ritiene possa darvi corso¹⁴.

È poi a tutti noto come l'equilibrio fra le parti nel processo amministrativo sia andato progressivamente mutando, specie grazie all'introduzione di una serie di norme, in materia di procedimento amministrativo, che consentivano al privato di conoscere e acquisire gli atti amministrativi e i documenti necessari per la ricostruzione delle scelte operate dalla p.a., consentendo al cittadino di accedere al materiale necessario per illustrare e fondare la do-

¹² V. G. MANFREDI, *Il commento a Tar Napoli, sez. VIII, 1° dicembre 2010 n. 26440*, in *Urb. e app.*, 2011, p. 474 ss.

¹³ V. F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, spec. p. 258 ss. e p. 401.

¹⁴ Così G. MANFREDI, *Il commento*, cit., p. 476; ad avviso dell'a., v. p. 478, l'assetto del processo amministrativo sopra descritto sarebbe tale anche oggi dopo l'entrata in vigore del c.p.a., una lettura diversa parendo addirittura di dubbia costituzionalità, perché porterebbe ad una maggiore disparità tra le parti del processo.

manda di giustizia (artt. 2, 7, 9, 10, 10 bis, 22 ss., l. n. 241 del 7 agosto 1990)¹⁵.

In questo contesto¹⁶ viene a calarsi il codice del processo amministrativo, che per la prima volta nella storia consente l'utilizzazione per il processo di legittimità dell'intero ventaglio di prove previste dal c.p.c., con le limitazioni suaccennate e, dopo oltre un secolo, adegua il sistema probatorio alle esigenze di un processo dispositivo (pensato per essere) idoneo a fornire al ricorrente una tutela articolata e soddisfacente per le proprie pretese¹⁷.

Il codice del processo amministrativo ha inoltre il pregio di superare la distinzione fra le tipologie di mezzi probatori ammessi nella giurisdizione di legittimità, in quella di merito e nella giurisdizione esclusiva. E un altro elemento appare chiaro: anche nel processo amministrativo si ha oggi la disciplina di una fase istruttoria e di un'attività istruttoria, essendo l'accertamento della realtà di fatto un presupposto indispensabile per qualunque sentenza¹⁸; anzi, già in sede cautelare si prevede che, anche ove non venga concessa la misura, il giudice adotti su istanza di parte i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio (art. 55, comma 12, c.p.a.)¹⁹.

Rimane però ravvisabile come ferma, almeno ad avviso di alcuni, la concezione di un rapporto privilegiato fra giudice amministrativo e p.a.²⁰.

¹⁵ V. G. MANGIARDI, *L'onere della prova nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 353 ss., spec. p. 354.

¹⁶ Per una ricostruzione accurata del panorama che sopra si è sinteticamente ripercorso, v. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., pp. 310-330.

¹⁷ V. F.G. SCOCA, *Commento all'art. 63*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., pp. 535-536; l'a. ricorda che il ventaglio delle prove era già stato ampliato con la legge n. 205 del 2000, ma solo per la giurisdizione esclusiva. Fin d'ora si anticipa tuttavia che lo stesso a., pur riconoscendo i lati positivi ora ricordati, ritiene che «la scarna disciplina dell'ammissione e dell'assunzione delle prove non può essere considerata né completa né chiara» (p. 555).

¹⁸ V. N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., p. 237.

¹⁹ V. sul punto A. QUARANTA, *Introduzione*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., p. 34.

²⁰ Così A. TRAVI, *Prime considerazioni sul codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre*, cit., p. 1126, al cui avviso ciò si ricaverebbe da alcune disposizioni "deludenti" e di dubbia costituzionalità, come quella che assegna la pre-

3. *La prova testimoniale*

La storia della prova testimoniale nel processo amministrativo è esempio emblematico di come struttura, contenuti e funzione di un rito si riverberino sull'istruttoria che nel medesimo si svolge. L'ingresso della prova per testi nel rito *de quo* per lungo tempo parve ostacolato dalla circostanza che esso fosse, prevalentemente, un processo sull'atto e non sul rapporto; la limitata estensione dei mezzi di prova veniva spiegata sulla base dell'insufficiente sviluppo dell'istruttoria nel processo amministrativo, che richiedeva un accertamento dei fatti pressoché esclusivamente documentale²¹, e autorevole dottrina considerava addirittura inutile l'esperimento della prova per testi, potendo il giudice ascrivere all'amministrazione la prerogativa di acquisire le prove e verbalizzare le dichiarazioni rese da altri soggetti²².

Accanto a queste voci, altre erano invece favorevoli all'ingresso della prova per testi nel processo amministrativo, ritenendola esperibile ove fosse emersa la difficoltà di provare altrimenti un dato fatto, ovvero che questo non risultasse altrimenti accertabile; questa apertura era in buona misura facilitata dall'incipiente metamorfosi che iniziava ad interessare il processo amministrativo, sempre più strumento di tutela del rapporto che vedeva coinvolti cittadino e p.a. e sempre meno giudizio sull'atto²³.

Fu nell'ambito della giurisdizione esclusiva che, prima la Consulta²⁴ e poi il legislatore (art. 35, comma 3°, d.lgs. n. 80 del 1998),

ferenza per le verificazioni, e perciò ammette solo eccezionalmente la consulenza tecnica, o come quella che ammette la prova testimoniale solo nella forma scritta.

²¹ V. E. GIARDINO, *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, p. 1317 ss., spec. p. 1318; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 10 ss.

²² V. A. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, p. 139.

²³ V. E. GIARDINO, *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti*, cit., p. 1319; G. ABBAMONTE, *Lineamenti del disegno di legge delega per l'emanazione delle norme sul processo amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, III, p. 3 ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 398 ss.

²⁴ V. Corte cost., sent. n. 146 del 10 aprile 1987. La stessa Consulta, invece, appena due anni dopo (v. Corte cost. n. 251 del 18 maggio 1989), ritenne costitu-

favorirono l'introduzione della prova testimoniale; la norma ora ricordata sanciva, nelle materie di giurisdizione esclusiva ivi contemplate, l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, ad esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento. Il panorama mutò nuovamente a seguito della legge n. 205 del 2000, il cui art. 7 estese l'esperibilità della prova per testi a tutte le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva. Occorre tuttavia attendere il c.p.a. perché il legislatore espressamente preveda che «su istanza di parte il giudice può ammettere la prova testimoniale, che è sempre assunta in forma scritta ai sensi del codice di procedura civile» (art. 63, comma 3°, c.p.a.). A differenza di quanto accade nel processo civile, dunque, in quello amministrativo, stando alla lettera della norma, la prova testimoniale prevede sempre e soltanto la forma scritta ai fini dell'assunzione. In deroga a quanto previsto dal c.p.c. (art. 257-*bis*, comma 1°), invece, non occorre l'accordo delle parti per procedere attraverso la modalità per iscritto dell'assunzione²⁵.

L'ingresso ufficiale della prova testimoniale nel processo amministrativo dalla porta principale del legislatore è stato salutato, per lo più, con favore²⁶. Tuttavia, non minori sono le perplessità avanzate in proposito: non pochi dubbi, infatti, deriverebbero dalla considerazione che tale prova non venga resa davanti al giudice né nel

zionalmente legittima l'omessa previsione della prova testimoniale nella giurisdizione di legittimità, considerando coerente la mancanza di detta prova nel processo in materia di interessi legittimi; esprimendosi essi, infatti, in situazioni soggettive che, sul terreno sostanziale, si realizzano attraverso l'azione della p.a. in sede di procedimento amministrativo, appariva congruo alla Consulta in sede giurisdizionale un sistema probatorio che consista essenzialmente nel sindacato sulle modalità con le quali il potere pubblico è stato esercitato, essendo quindi prerogativa del legislatore ordinario «individuare i mezzi probatori adatti ad attuare tale tipo di sindacato, potendosi censurare tale scelta solo se risulti inidonea a garantire la tutela giurisdizionale».

²⁵ Lo nota anche F.G. SCOCA, *Commento all'art. 63*, cit., p. 544; ID., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 383.

²⁶ V. F.G. SCOCA, *Commento all'art. 63*, cit., p. 544 ss.; N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., p. 246 ss.; E. GIARDINO, *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti*, cit., p. 1321, al cui avviso tale strumento potrà implementare l'effettività della tutela processuale, ovviando all'ingiustificabile limitazione che penalizzava il processo avente ad oggetto interessi legittimi.

contraddittorio delle parti né dietro giuramento del teste, nonché dalla magrezza del testo della norma che, a parte l'istanza di parte e la forma scritta, non prevede altro²⁷. Circostanze le quali, a mio avviso, rendono difficilmente sostenibile la trasmigrabilità di una prova per testimoni così assunta in altri giudizi. Ad avviso della migliore dottrina, anzi, la facoltà di sentire di persona il testimone non potrebbe essere esclusa, se si volesse dare alla prova testimoniale il rilievo che merita²⁸.

L'idea che anche nel processo amministrativo la prova testimoniale, finalmente ammessa *de plano* dal legislatore, venga assunta in forma orale, è assolutamente condivisibile; a mio avviso non "anche" in forma orale, in forma orale *tout court*, nel contraddittorio delle parti e davanti al giudice (ciò che, evidentemente, le recupererebbe quell'idoneità alla circolazione che attualmente, *rebus sic stantibus*, ritengo mancarle). Che ciò sia possibile già oggi, come afferma l'autorevolissima dottrina citata, tuttavia, a me non pare sostenibile considerato il testo letterale della norma, pena la violazione della regola di procedura prevista che, piaccia o meno, prevede ad ora la sola possibilità dell'assunzione in forma scritta, col risultato del prodursi di un vizio di nullità processuale in ipotesi di violazione.

²⁷ In questo senso, E. GIARDINO, *La prova testimoniale nel processo amministrativo: presupposti e limiti*, cit., p. 1322, perplessità alle quali, in parte, si può rimediare considerando il rinvio che l'art. 63, comma 3°, c.p.a., fa all'istituto della testimonianza scritta di cui all'art. 257-bis c.p.c., assai più dettagliato. L'a. conclude, a p. 1326, nel senso che la modalità scritta prescelta indebolisce l'efficacia del mezzo istruttorio e non ne assicura la piena affidabilità, vulnerando la centralità del ruolo del giudice nell'acquisizione della prova; ciò si spiegherebbe come un residuo della vetusta concezione documentale del processo amministrativo, nel quale sarebbe stato preferibile, idea a mio avviso condivisibile, traslare l'alternativa tra testimonianza scritta e testimonianza orale propria del processo civile.

²⁸ V. F.G. SCOCA, *Commento all'art. 63*, cit., p. 544; e G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., p. 219, al cui avviso un sistema processuale moderno, regolato dai principi del giusto processo, non può escludere in modo assoluto e generalizzato la prova testimoniale anche nella sua forma orale.

4. *La verifica e la consulenza tecnica: inidoneità della prima, a differenza della seconda, alla trasmigrazione*

L'art. 63, comma 4°, c.p.a., prevede che «qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica».

Mezzo istruttorio tipico del processo amministrativo²⁹, la verifica consiste nella richiesta, presentata dal giudice in origine³⁰ alla sola amministrazione che aveva emanato l'atto oggetto del giudizio, di effettuare letteralmente una verifica su alcuni profili dell'atto; essa può comportare attività diverse quali ispezioni, sopralluoghi, esperimenti, esami tecnici. Attualmente l'art. 19, comma 2°, c.p.a., prevede espressamente che «la verifica è affidata a un organismo pubblico, estraneo alle parti del giudizio, munito di specifiche competenze tecniche». La *ratio* della verifica è rinvenibile nell'impossibilità per il giudice, in sede di legittimità, di avere una cognizione autonoma dei fatti oggetto del giudizio, potendoli conoscere solo attraverso rappresentazioni ad esso fornite dalla stessa p.a. parte in causa³¹.

In sede di discussione della bozza del c.p.a., alcuni avevano proposto l'eliminazione della verifica, considerata residuo di un'ormai superata concezione del processo amministrativo reso inutile dalla possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio; in sede di approvazione si è invece optato per il mantenimento del-

²⁹ V. N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., p. 248 ss.; E. CARRACIOLO LA GROTTIERA, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, 2008; M. SICA, *Verifiche e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 216 ss.

³⁰ Il modello originario della verifica, previsto all'art. 44, r.d. n. 1054 del 1924, stabiliva che la verifica fosse ordinata dal giudice esclusivamente alla p.a. parte in causa, ciò che faceva dubitare della serenità ed imparzialità del verificatore; nel tempo, nonostante la lettera della norma, il giudice amministrativo, ispirandosi ai principi del giusto processo, ha sempre più frequentemente incaricato della verifica amministrazioni diverse da quella presente in giudizio (v. sul punto la giurisprudenza citata da F.G. SCOCA, *Commento all'art. 66*, in AA.Vv., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., p. 559).

³¹ V. F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 377 ss.

la verifica, probabilmente in virtù del suo basso costo e per la maggiore rapidità della sua esecuzione³².

La migliore dottrina ha sottolineato come il c.p.a. rappresenti un passo indietro, non prevedendo l'art. 63 che la verifica si svolga nel contraddittorio delle parti³³; l'*empasse* può forse superarsi ponendo mente al fatto che l'art. 2 c.p.a. replica il generale principio del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., in modo espresso con riguardo al processo amministrativo, sancendo che esso «attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo» di cui alla norma fondamentale appena richiamata.

Questione interessante è piuttosto quella relativa alla differenza fra verifica e consulenza tecnica d'ufficio, introdotta nel processo amministrativo dall'art. 16 della l. n. 205 del 2000, ed oggi espressamente richiamata a fianco della verifica nel corpo dell'art. 63, comma 4°, c.p.a.

Ad avviso della giurisprudenza, le differenze principali consisterebbero nel fatto che il consulente, ispirandosi all'art. 61, comma 2°, c.p.c., deve essere scelto fra persone iscritte in albi speciali, ha l'obbligo di assumere l'incarico salvo che sussista un doveroso motivo di astensione in assenza della quale può essere ricusato, non può avvalersi di altro ausiliario senza autorizzazione del giudice e, infine, risponde anche penalmente del suo operato; quanto al piano funzionale e sistematico, la verifica consiste in un mero accertamento disposto al fine di completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali, mentre la c.t.u. si estrinseca in una valutazione tecnica di determinate circostanze di fatto rilevanti ai fini della decisione, con valenza non meramente ricognitiva e in relazione a specifici quesiti posti al consulente³⁴. Considerate le accennate differenze, quindi, verifica e consulenza tecnica non sono intercambiabili o indifferenti rispetto alla soluzione dei problemi che la controversia presenta: è il giudice, in relazione alla situa-

³² V. ID., *Commento all'art. 66*, in AA.Vv., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., p. 558 ss., spec. p. 558.

³³ V. ID., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 378.

³⁴ In questi termini, v. Cons. di Stato, sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 881; F.G. SCOCA, sez. IV, 21 novembre 2005 n. 6447; v. anche ID., *Commento all'art. 66*, cit., p. 560.

zione dedotta in giudizio, a dover scegliere l'istituto da utilizzare e più pertinente al caso di specie³⁵.

La migliore dottrina, al di là dei suaccennati tentativi definitivi della giurisprudenza, ritiene che la differenza tra i due strumenti sia poco chiara sotto il profilo oggettivo, poiché entrambi mirano a risolvere problemi tecnici, rispondendo ai quesiti formulati dal giudice, né le norme consentono di rinvenire differenze specifiche tra i due istituti; fra i quali, almeno ad avviso di questa dottrina, sarebbe da preferire la verifica, che dovrebbe farsi consistere nell'analisi delle indagini svolte in sede amministrativa per metterne in luce le eventuali carenze, senza che l'organismo verificatore esprima una propria autonoma valutazione³⁶.

Venendo più da vicino alla consulenza tecnica, introdotta nel processo amministrativo attraverso la legge n. 205 del 2000, quando dunque ormai il rito si era orientato verso uno schema di processo decisamente dispositivo, essa sembra oggi relegata dalla lettera dell'art. 63, comma 4°, c.p.a. («ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica») in una posizione di subalternità rispetto alla verifica³⁷. La disciplina della c.t.u. nel processo amministrativo ricalca molto da vicino quella della c.t.u. nel processo civile, come si evince chiaramente dalla circostanza che l'art. 67 c.p.a. riproduce nella sostanza, e talvolta alla lettera, gli artt. 191-201 c.p.c. Una differenza significativa, tuttavia, potrebbe essere rappresentata dal fatto che i pubblici dipendenti possono essere normalmente scelti come consulenti nel processo amministrativo, ancorché non iscritti in albi speciali, ai sensi dell'art. 19, comma 2°, c.p.a.³⁸; l'ostacolo potrebbe rivelarsi forse soltanto teorico laddove si rifletta che, comunque, lo stesso art. 19, comma 2°, c.p.a., precisa che non possono essere nominati coloro che prestano attività in favore delle parti del giudizio, nonché ove a ciò si aggiunga che l'art.

³⁵ V. Cons. di Stato, sez. IV, 24 febbraio 2004, n. 719.

³⁶ In questo senso, v. F.G. SCOCA, *Commento all'art. 66*, cit., p. 560.

³⁷ V. ID., *Commento all'art. 67*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, cit., p. 562 ss., spec. p. 563, ove l'a. lo nota richiamandosi all'analogo testo della norma di cui all'art. 19, comma 1°, c.p.a., che fa riferimento alle figure dei consulenti anziché all'istituto della consulenza.

³⁸ V. *ibidem*, p. 564.

20, comma 2°, c.p.a., dispone che il consulente (come del resto il verificatore) possa essere ricusato dalle parti per i motivi di cui all'art. 51 c.p.c.

La conclusione che la consulenza tecnica nel processo amministrativo si svolga in modo identico alla consulenza tecnica nel processo civile³⁹ consente di ritenere allora, e sembrerebbe pacificamente, l'idoneità alla trasmigrazione del mezzo da un rito all'altro. Perplessità sorgono, invece, riguardo all'esportabilità della verifica; le sue peculiarità, infatti, facendone un istituto proprio del processo amministrativo, anche ove vengano vagliate alla luce dell'instaurazione del contraddittorio sul risultato della prova, la rendono poco appetibile dal punto di vista dell'attrazione in altre sedi processuali.

5. *Il processo amministrativo e la prova assunta in altro giudizio*

Prima dell'entrata in vigore del c.p.a., la questione dell'utilizzo da parte del giudice amministrativo di prove assunte in un diverso giudizio, per esempio civile, penale o tributario, assumeva rilievo specie con riferimento a quei mezzi di prova che non erano ammessi, in generale, nel processo amministrativo. Negli anni Ottanta, la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto liberamente valutabili dal giudice, quanto meno alla stregua di indizi, le prove raccolte in un procedimento giurisdizionale di altro genere, ma senza fornire elementi univoci per giustificare l'ammissibilità di queste prove e senza chiarire se l'ammissione dovesse consentirsi solo a quei mezzi di prova comunque previsti dalle leggi sul processo amministrativo⁴⁰.

Lasciando da parte i mezzi di prova della cui compatibilità col processo amministrativo poteva dubitarsi (per esempio, le intercettazioni telefoniche nel processo penale), la discussione riguardava gli altri mezzi di prova, rispetto ai quali si era messo in luce addirittura il rischio che un processo potesse essere instaurato in via stru-

³⁹ V. *ibidem*.

⁴⁰ V. G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., p. 73 ss., specie la giurisprudenza citata in nota 136.

mentale rispetto all'acquisizione di una prova altrimenti non ammessa e che, attraverso il cavallo di Troia dell'interpretazione giurisprudenziale di cui sopra, questa potesse così entrare nel processo nel quale la si voleva utilizzare, ancorché preclusa in via diretta dalla tipicità dell'elenco dei mezzi di prova disponibili nel rito amministrativo. Di fronte al problema, la giurisprudenza amministrativa scelse una soluzione di compromesso: alla prova *aliunde* non si disse un sì pieno o un no secco, ma si attribuì valore di indizio, anche quando la prova non corrispondesse ad uno strumento di prova previsto nel processo amministrativo⁴¹.

Queste considerazioni devono, a mio avviso, essere messe in relazione con altre che è possibile sviluppare. Innanzitutto, e anche a prescindere dall'entrata in vigore del c.p.a. e delle nuove disposizioni in esso contenute, come ha notato la più autorevole dottrina, da un punto di vista logico prima che giuridico qualunque elemento fuori del catalogo legale delle prove deve poter essere utilizzato, se rilevi, per accertare il fatto⁴². Anche la prova formata in altro processo, dunque, ove fosse prova fuori dal catalogo del processo amministrativo ma dentro il catalogo di altro procedimento giurisdizionale, dovrebbe potersi considerare utilizzabile se idonea a formare il convincimento del giudice in ordine a elementi di fatto controversi nel caso in questione. Secondariamente, la *vis minor* dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, un tempo più marcata e oggi ormai decisamente attenuata, non può incontrare un limite nel diritto alla prova; di ciò è talmente consapevole il legislatore che, attraverso il disposto dell'art. 63, comma 5°, c.p.a., ha esteso al processo amministrativo, in buona sostanza, la totalità dei mezzi di prova previsti dal c.p.c., esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento, come si è già ricordato⁴³. Questa apertura espressa e manifesta può comportare, fra i suoi più immediati corollari, anche alla luce del principio della

⁴¹ V. *ibidem*, pp. 74-76.

⁴² Così M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 382.

⁴³ Peraltro, F.G. SCOCA, *Commento all'art. 63*, cit., p. 546, considerata la disponibilità dell'interesse legittimo e, nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva, del diritto soggettivo, e la disponibilità dell'oggetto del giudizio, ritiene che l'esclusione del giuramento e dell'interrogatorio formale non abbiano valide giustificazioni.

translatio iudicii (che l'art. 11 c.p.a. disciplina seguendo le orme dell'art. 59 l. n. 69 del 2009), quello per cui le prove assunte in altro processo e rientranti, oggi a pieno titolo, nel catalogo delle prove utilizzabili anche nel processo amministrativo, possono essere liberamente valutate dal giudice di quest'ultimo come mezzi di prova, e non semplicemente come indizi. Detto altrimenti, se quando non erano contemplate nel catalogo legale delle prove la giurisprudenza amministrativa già riconnetteva valore di indizio alla prova assunta in altro processo, la prova che oggi è prevista come mezzo istruttorio anche nel processo amministrativo ai sensi dell'art. 63, ult. comma, c.p.a., se assunta *aliunde* deve avere un valore diverso da quello già riconosciutole *iure pretorio* in assenza del c.p.a., alla luce dell'*upgrade* contenuto in quest'ultimo a favore delle prove previste dal c.p.c. In applicazione di questi ragionamenti, nell'ipotesi in cui si chieda l'ingresso, nel processo amministrativo, del verbale di assunzione di una prova proveniente, ad esempio, da un processo civile o da un giudizio penale, se ci fermassimo al dato formale, dovremmo concludere che, se la prova testimoniale *aliunde* è stata assunta oralmente, questa non dovrebbe poter trovare spazio in un rito nel quale se n'è appena concepita l'ammissibilità ove assunta in forma scritta. Ma ove si rifletta a quanto premesso e ad altri criteri, sui quali si tornerà *infra*, e lo si faccia alla luce di un presupposto imprescindibile, ovvero che la prova *aliunde* necessariamente è stata formata secondo i criteri per essa previsti nel giudizio *a quo*, i quali non necessariamente saranno i medesimi del rito *ad quem*, allora è possibile prefigurare una risposta affermativa al quesito posto.

Né, a questo scopo, occorre scomodare il concetto di prova atipica⁴⁴, sul quale peraltro si tornerà più avanti. La prova assunta in altro giudizio, in quanto appartenente al catalogo delle prove previste in quel processo ove è stata formata non è, a rigore, atipica; al più, lo poteva essere prima dell'apertura istruttorio compiuta dal c.p.a., ma ad oggi continuare ad utilizzare il concetto di prova

⁴⁴ Ancorché, come nota *ex multis* F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 385-386, le prove assunte in altro processo sono sovente ricondotte nel novero delle prove atipiche.

atipica per le prove in discorso potrebbe essere non solo fuorviante, ma addirittura errato. Alcuni tasselli che precedono (su tutti, la comunicazione fra giurisdizioni), unitamente ad alcuni che devono seguire e che qui non posso anticipare, dovrebbero consentire di ulteriormente suffragare questa considerazione in sede di conclusioni finali⁴⁵.

Fin d'ora si può tuttavia sottolineare come le riforme degli ultimi anni siano andate nel senso di ridurre al minimo il tradizionale *gap* fra processo amministrativo e processo civile, e ciò è avvenuto sia rinforzando la tipologia dei mezzi di prova suscettibili di acquisizione davanti al giudice amministrativo, sia la gamma dei poteri istruttori a lui conferiti⁴⁶. Questa riduzione di distanza, tuttavia, non è vissuta impavidamente; come è stato notato, infatti, allorché in materia di *translatio iudicii* l'art. 11 c.p.a. opera la scelta di parlare di "riproposizione" anziché di "riassunzione" del medesimo processo già instaurato davanti al giudice privo di giurisdizione, traspare una sorta di timore del mare aperto dell'unità funzionale della giurisdizione e un'estrema difesa della sicurezza garantita da una specialità che si teme di perdere, specialità in cui le forme sostanziali e quelle processuali fanno talmente corpo tra di loro da escludere qualsiasi comunicazione⁴⁷. Ad avviso della più autorevole dottrina, il c.p.a. è orientato secondo una rigorosa concezione del modello dispositivo, proprio come accade nel processo civile, talché può ben dirsi che il processo amministrativo è oggi caratterizzato dai principi della domanda, dell'impulso di parte, della disponibilità del pro-

⁴⁵ E infatti ancora *ibidem*, p. 386, si afferma come appaia «problematico ammettere *de plano* il valore probatorio della prova assunta in altro processo [...]»; concordo con l'a., un'ammissione *de plano* non è possibile, ma forse una lettura sistematica potrebbe renderlo tale, ed è ciò che qui si sta tentando di fare.

⁴⁶ In questo senso v. per tutti L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 380, ove l'a. aggiunge che ciò è stato fatto tenendo comunque conto della necessità di salvaguardare in ogni caso la "specificità" del processo amministrativo.

⁴⁷ Così A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., p. 889. Per il rilievo che a livello comparatistico sia diffuso un modello che, anche ove si esprima mediante la formulazione di un principio di autonomia, tende a ribadire il principio di un logico e razionale rapporto tra le tutele offerte dall'ordinamento, v. F. CORTESE, *Il commento*, cit., p. 968.

cesso e di non contestazione: in buona sostanza, che il processo amministrativo è un processo dispositivo⁴⁸. Il c.p.a., in ultima analisi, rappresenta un ulteriore passo verso quella “civilizzazione” del processo amministrativo di cui ormai si parla da tempo⁴⁹.

⁴⁸ V. F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 154-156.

⁴⁹ V. A. TRAVI, *Prime considerazioni sul codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre*, cit., p. 1127. I numerosissimi rinvii al c.p.c. contenuti nel c.p.a., peraltro, non fanno venire meno la funzione di codice di quest'ultimo, come nota C.E. GALLO, *Il codice del processo amministrativo: una prima lettura*, cit., p. 1014, poiché è evidente che laddove vi sia una disciplina puntuale e specifica di un istituto in un altro codice e nel rispetto di finalità identiche a quelle che deve perseguire il processo amministrativo, non vi è alcuna necessità di riproduzione delle norme.

CAPITOLO V

DEL PROCESSO TRIBUTARIO

SOMMARIO: 1. Caratteristiche peculiari del processo e, conseguentemente, dell'istruzione. – 2. L'istruttoria procedimentale. – 3. La prova tributaria. – 4. I mezzi di prova utilizzabili nel procedimento di accertamento e nel processo tributario. – 5. La permeabilità dell'accertamento tributario rispetto a elementi di prova provenienti da altri giudizi.

1. *Caratteristiche peculiari del processo e, conseguentemente, dell'istruzione*

Lasciando sullo sfondo la nota disputa relativa alla natura del giudizio tributario¹, vorrei concentrare ora l'attenzione su alcuni

¹ Il dibattito vede contrapporsi, essenzialmente, coloro che sostengono la natura costitutiva del processo tributario, il quale avrebbe ad oggetto il diritto potestativo all'annullamento degli atti di imposizione (con il corollario per cui il relativo giudicato non si estenderebbe a diritti ed atti di imposizione diversi ancorché vertenti su medesime questioni; v. in questo senso E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, p. 196 ss.; C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, p. 592 ss.), a quanti invece ne affermano la natura dichiarativa, nel senso che il giudizio tributario avrebbe ad oggetto anche l'accertamento negativo del rapporto giuridico d'imposta (e quindi il giudicato si espanderebbe anche ad altri giudizi fra le stesse parti ove vengano in rilievo questioni comuni; v. P. RUSSO, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano, 1969, e A.D. GIANNINI, *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, 1937, cui rinvio qui in via generale). Per ulteriori approfondimenti sul tema v. D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008, spec. p. 127 ss.

snodi funzionali alla ricostruzione dell'*id quod prodest* ai fini di questo studio.

Una prima disciplina organica della risoluzione delle liti tra cittadini e amministrazione finanziaria, affidata alle Commissioni tributarie in veste di giudici speciali del contenzioso tributario², si ebbe con il d.P.R. n. 636 del 1972; poi con i dd.lgs. nn. 545 e 546 del 1992 e, quindi, ad opera della l. n. 556 del 1996³. La prima delle riforme indicate⁴ era dichiaratamente orientata a ribadire la natura giurisdizionale delle funzioni attribuite agli allora nuovi organi di giustizia tributaria e, quindi, la “giurisdizionalità” del processo contenzioso che poteva essere instaurato dinanzi ad essi⁵. Tale orientamento si consolidò poi ad opera del d.lgs. n. 546, nel quale la figura del giudice e la struttura del processo tributario risultano ancor più nettamente uniformati al modello della giurisdizione civile e del relativo processo⁶.

Se questo è vero, è altresì vero che, tuttavia, l'interesse fiscale il cui perseguimento è sotteso allo svolgimento del sindacato tributario comporta che, da un lato, si riconosca il necessario adeguamento del processo tributario ai canoni del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., e al contempo, dall'altro lato, si giustificino sulla base dell'interesse fiscale, così come riconosciuto dagli artt. 2 e 53 Cost., discipline derogatorie sia dal punto di vista del diritto sostanziale che dall'angolo prospettico del diritto processuale comune. La Consulta, con pronunce pressoché costanti, ha infatti escluso l'esistenza di un principio costituzionalmente rilevante di necessaria uniformità tra processo civile e processo tributario, pur invocando il rispetto del limite della ragionevolezza nella disparità di trattamento riserva-

² V. F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 57, al cui avviso *ratio* dell'istituzione delle Commissioni tributarie fu evitare di aumentare il carico di lavoro di giudici ordinari e giudici amministrativi.

³ V. F. TESAURO, voce *Processo tributario*, in *Dig.*, Torino, 2007, II agg., p. 1 ss., cui rimando qui in via generale.

⁴ Per cui si rimanda in particolare alle previsioni di cui agli artt. 4-6.

⁵ Così L.P. COMOGLIO, *Il giudice tributario come giudice speciale: corsi e ricorsi di un antico problema*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 478 ss., spec. p. 481.

⁶ V. *ibidem*, pp. 482-483.

ta alle parti dell'uno e dell'altro⁷. Questo è certamente il punto più delicato ed interessante ai nostri fini, specie ove le deroghe possano implicare un arretramento delle garanzie disposte dagli artt. 24, 111 e 113 Cost.⁸.

Poiché l'istruzione e l'accertamento dei fatti, *rectius* delle affermazioni fattuali, che ne sono oggetto, rappresentano anche per il processo tributario il momento cruciale del rito così come accade per ogni altro genere di processo, è opportuno soffermarsi su alcuni tratti tipici della prova tributaria. Questa, infatti, presenta un "particolarismo" tale da consentire, appunto, di parlare di prova tributaria (così come si parla più comunemente di prova civile e di prova penale): essa, prima di interessare il processo, interessa il procedimento amministrativo nelle sue diverse articolazioni, sia che si tratti del procedimento di accertamento, sia che si tratti di ogni altro procedimento condotto dall'ente impositore (per esempio, un procedimento finalizzato all'irrogazione di una sanzione amministrativa), ciò che a sua volta dipende dall'essere il processo tributario, prevalentemente, un processo impugnatorio⁹. La p.a., dunque, per dirla altrimenti, ha il dovere di accertare i fatti costitutivi della pretesa che vanta, per mezzo del provvedimento, nei confronti del cittadino, il quale ha l'onere di impugnare tempestivamente quel provvedimento, pena il divenire quest'ultimo definitivo. A questi profili la legge n. 241 del 1990 ha dato certamente un contributo molto significativo, ponendo il privato partecipare attivamente alla formazione del provvedimento idoneo a produrre effetti nei suoi confronti; e quand'anche il potere amministrativo debba essere esercitato con caratteri di segretezza ed inquisitorialità, la p.a. è comunque tenuta ad effettua-

⁷ V. Corte cost. n. 43 del 11 febbraio 2010; Corte cost. n. 321 del 4 dicembre 2009; Corte cost. n. 199 del 6 giugno 2008.

⁸ V. P.C. RUGGIERI, *Spunti di riflessione sull'adeguamento della giustizia tributaria ai principi costituzionali processuali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 477 ss., spec. p. 482, ove l'a. nota che con l'introduzione del principio del giusto processo nell'assetto costituzionale è stato individuato un modello ideale di processo, incardinato su regole fondamentali, inderogabili, che il legislatore ordinario non può disattendere e che la Consulta deve presidiare, esigendo tale principio rispetto anche nell'ambito del processo tributario; F. TESAURO, *Giusto processo e processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1 ss., spec. pp. 11 ss., 18 ss.

⁹ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 1 ss.

re una ricostruzione storica strumentale alla successiva emanazione del provvedimento¹⁰.

Il *factum probandum* del procedimento, e poi del processo tributario, consiste nell'accertamento dell'*an* e del *quantum* dell'obbligazione tributaria. La p.a. (ente impositore) si trova in una situazione di inferiorità conoscitiva rispetto al contribuente (privato): vi è, tra le parti, uno squilibrio nell'accesso alla conoscenza del fatto¹¹. Per cercare di rimediare a questa situazione di squilibrio, il legislatore tributario è intervenuto a più riprese nell'area del giudizio di fatto, potenziando gli strumenti di raccolta del materiale informativo da parte della p.a., e rafforzando gli obblighi di collaborazione, da parte del contribuente e dei terzi, con l'ente impositore nel corso dell'istruttoria procedimentale¹². La parte principale è infatti svolta dalle presunzioni, non soltanto semplici, ma addirittura legali, di cui il legislatore ha stabilito un numero sempre crescente: in materia di accertamenti bancari (per esempio, assumendo a fatto noto, da cui inferire i ricavi dell'impresa o del lavoratore autonomo, i prelevamenti effettuati dal contribuente sul proprio conto corrente bancario), di elusione internazionale (per esempio, avendo riguardo al trasferimento della residenza delle persone fisiche in un paradiso fiscale), o in materia societaria (si pensi, per fare un esempio, al caso dell'esterovestizione)¹³. Il meccanismo presuntivo, scaricando sul privato l'onere della prova, recupera all'amministrazione una posizione di vantaggio e riequilibra quell'inferiorità cui *supra* si accennava.

¹⁰ V. *ibidem*, p. 2.

¹¹ V. *ibidem*, al cui avviso tale squilibrio sarebbe accentuato dalla non contestualità dell'istruttoria amministrativa rispetto all'accadimento del tema di prova, risultando difficile per l'amministrazione reperire a posteriori tracce materiali dell'evasione e compiere indagini senza i condizionamenti indotti dai comportamenti e dai negozi posti in essere ad arte dal privato per distorcere la realtà. V. anche A. FEDELE, *I principi costituzionali e l'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1992, I, p. 476 ss.; R. LUPI, *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, Milano, 1988, p. 76 ss.

¹² Si pensi, per esempio, ai poteri istruttori attribuiti all'erario dagli artt. 32 e 33, d.P.R. n. 600 del 1973 (c.d. decreto sull'accertamento), e dagli artt. 51 e 52 d.P.R. n. 633 del 1972 (c.d. decreto IVA), i quali sono diretti ad acquisire elementi idonei ad assumere rilevanza probatoria.

¹³ Ritiene che si possa dubitare della legittimità costituzionale di alcune di queste presunzioni G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 3.

2. *L'istruttoria procedimentale*

Da quanto sinteticamente ricostruito si comprende perché la prova tributaria sia retta da un regime suo proprio; il quale, tuttavia, lungi dall'essere esaustivo¹⁴, si caratterizza per una spiccata esiguità delle norme di riferimento, ciò che comporta il rinvio (art. 1, comma 2°, d.lgs. n. 546 del 1992) operato dal legislatore, per tutto ciò che non sia altrimenti disciplinato, alle norme in materia probatoria previste dal codice civile e dal codice di procedura civile.

In queste fonti, tuttavia, non si trova traccia con riguardo al più caratterizzante dei profili che riguardano la prova tributaria, ovvero la circostanza che l'istruttoria svolta davanti alla Commissione tributaria ha luogo successivamente rispetto alla già compiuta istruzione svolta dall'amministrazione finanziaria; in altri termini, elementi probatori sono stati raccolti fuori e prima del processo nel corso dei controlli fiscali svolti dalla p.a. al fine di verificare se sussistano le condizioni per emettere un provvedimento nei confronti del privato, il quale, con il proprio ricorso, dovrà rendere giudizialmente controversi i fatti posti dall'amministrazione a fondamento della propria pretesa. *Rebus sic stantibus*, se ne deduce agevolmente come l'istruttoria amministrativa possa avere ricadute ed influenze pesanti sull'istruzione processuale, anche sotto il profilo delle prove utilizzabili: in linea di principio, l'elemento al quale la legge riconosce dignità di prova nell'accertamento tributario avrà pari dignità anche nel processo e, corrispondentemente, la prova giuridica non ammesa nel processo andrà depotenziata nella sua efficacia dimostrativa nel procedimento, non potendo costituire da sola il fondamento della pretesa impositiva¹⁵.

Un altro profilo, con riguardo al quale non si trova conforto nelle fonti di grado inferiore ai principi costituzionali, è quello concernente la posizione delle parti. L'interesse fiscale alla riscossione del tributo, infatti, comporta che nel procedimento di accertamento tri-

¹⁴ V. per la prova procedimentale le norme di cui agli artt. 31 ss., d.P.R. n. 600 del 1973, artt. 51 ss., d.P.R. n. 633 del 1972, e per la prova processuale le ancora più scarse disposizioni di cui al d.lgs. n. 546 del 1992.

¹⁵ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 4.

butario la legge massimizzi le fonti cognitive a disposizione dell'amministrazione finanziaria; essa può avvalersi di tutte le informazioni di cui sia "comunque in possesso", a prescindere dalla tipicità del mezzo istruttorio da cui scaturiscono quelle informazioni (art. 37, comma 1°, d.P.R. n. 600 del 1973), come pure può avvalersi delle presunzioni cc.dd. "semplicissime", ovvero non assistite dai requisiti della gravità, della precisione e della concordanza (art. 39, comma 2°, d.P.R. n. 600 del 1973). Il contribuente, di contro, è gravato da numerose preclusioni tanto nel procedimento quanto nel processo tributario: non può provare circostanze omesse o in contrasto con le scritture contabili (art. 61, comma 3°, d.P.R. n. 600 del 1973, e art. 59, ult. comma, d.P.R. n. 633 del 1972), né utilizzare libri, documenti o scritture contabili di cui sia stata rifiutata l'esibizione nel corso della verifica fiscale (art. 52, comma 5°, d.P.R. n. 633 del 1972), né avvalersi di dati e notizie non adottati in risposta alle richieste istruttorie formulate dagli uffici (art. 32, comma 3°, d.P.R. n. 600 del 1973).

Pare dunque insidiato, nel giudizio di accertamento tributario, il principio del giusto procedimento, inteso secondo l'accezione prevalente nella giurisprudenza costituzionale, ovvero il principio per cui il provvedimento finale è adottato dalla pubblica amministrazione dopo aver messo i privati interessati in condizione di esporre le proprie ragioni¹⁶; ancorché, infatti, la partecipazione del privato all'accertamento tributario sia stata elevata a livello di vero e proprio contraddittorio, il confronto dialettico tra il contribuente e l'ente impositore costituisce pur sempre l'eccezione, potendosi spiegare solo nei casi tassativamente determinati dalla legge¹⁷. Per questo alcuni ritengono che per realizzare pienamente il principio del contraddittorio nella fase preprocessuale, occorrerebbe introdurre a carico dell'ente impositore l'obbligo di dare conto, nella motivazio-

¹⁶ A partire da tempi ben più remoti rispetto alla modifica dell'art. 111 Cost., v. in questo senso già Corte cost., n. 13 del 2 marzo 1962.

¹⁷ Ciò che pare confermato dalla giurisprudenza della sezione tributaria della Suprema Corte al cui avviso, in materia di accertamenti bancari, l'amministrazione finanziaria non è tenuta a sentire in contraddittorio il contribuente prima di notificare l'avviso di accertamento; v. *ex multis* Cass., 15 febbraio 2008 n. 3900; Cass., 23 giugno 2006 n. 14675; Cass., 15 ottobre 2003 n. 15413.

ne dell'accertamento, delle ragioni per cui ha valutato inconferenti e non rilevanti le argomentazioni addotte e le prove presentate dal contribuente¹⁸.

La circostanza che il principio del giusto procedimento paia non del tutto pienamente recepito in sede tributaria non comporta tuttavia che l'istruttoria procedimentale sia informale e rimessa all'arbitrio dell'amministrazione finanziaria. A pena di inutilizzabilità, infatti, la prova deve essere formata nel rispetto di una serie precisa di regole procedurali, poste dalla legge ordinaria (v. in particolare gli artt. 32 ss., d.P.R. n. 600 del 1973 e gli artt. 51 ss., d.P.R. n. 633 del 1972) a tutela di libertà costituzionalmente garantite quali la libertà personale, il rispetto del domicilio e la libertà epistolare (artt. 13-15 Cost.).

In un panorama siffatto, ad avviso di parte della dottrina, la formazione unilaterale della prova, traducendosi in una compressione del diritto di difesa del privato che non ha partecipato all'attività istruttoria e quindi non ha potuto rilevare tempestivamente le violazioni in cui l'ente impositore fosse eventualmente incorso nell'acquisizione della prova, potrebbe essere recuperata sotto il profilo delle garanzie attraverso l'inutilizzabilità nel processo della prova così formata, con conseguente annullamento dell'atto impositivo in mancanza di altre prove a supporto¹⁹. La tesi non è condivisa da quella dottrina che, pur concordando con la censurabilità della perdurante assenza di un contraddittorio generalizzato tra amministrazione finanziaria e contribuenti nel procedimento di accertamento, ritiene drastica la soluzione prospettata; pur istituzionalizzando il contraddittorio endoprocedimentale, infatti, si deve considerare che il contraddittorio nel procedimento di accertamento è altro rispetto al contraddittorio nel processo: in quest'ultimo, infatti, la formazione della prova è condotta da un organo terzo e imparziale qual è il giudice, mentre l'istruttoria endoprocedimentale è condotta dall'amministrazione, che è la controparte del contribuente, elemento che non

¹⁸ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 5.

¹⁹ V. A. DI PIETRO, voce *Giusto processo tributario*, in *Diz. Cassese*, Milano, 2006, III, p. 2812; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Il processo tributario*, Milano, 2005, p. 183.

sarebbe modificato dalla partecipazione del privato al contraddittorio endoprocedimentale²⁰.

Per queste ragioni, diviene fondamentale considerare le prove utilizzate al fine di ritenere esistente la pretesa nella motivazione dell'accertamento, anche alla luce dei principi costituzionali²¹.

3. *La prova tributaria*

Anche nell'ambito del processo tributario si pone la questione dell'utilizzabilità, come prove, non soltanto degli elementi che la legge qualifica espressamente come tali, ma di tutto ciò che può essere utile a stabilire l'accadimento di un fatto. In altri termini, la circostanza che oggetto dell'accertamento sia l'*an* e il *quantum* di un'obbligazione tributaria non osta all'impiego di mezzi di prova atipici; è il c.d. principio generale di ragione che vuole siano ammissibili tutti gli elementi utili per l'accertamento dei fatti, potendo pertanto costituire "prova" tutto ciò che serve logicamente a dimostrare la rispondenza al vero di un enunciato fattuale e non ciò che la legge qualifica come tale²².

Nel diritto tributario non esiste un catalogo tassativo di prove né il divieto espresso di utilizzare prove innominate. Esistono invece norme di legge (artt. 37, comma 1°, 39, comma 2°, d.P.R. n. 600 del 1973, e artt. 54, comma 3°, 55, comma 1°, d.P.R. n. 633 del 1972) che consentono espressamente all'amministrazione finanziaria di avvalersi di qualsiasi elemento, notizia o informazione raccolti o comunque acquisiti al procedimento di accertamento, a prescin-

²⁰ In questo senso v. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 5, che ritiene più idonea contromisura, rispetto all'inutilizzabilità, quella di depotenziare l'efficacia dimostrativa di tali elementi probatori.

²¹ V. M.C. VANZ, *Osservazioni critiche sull'orientamento della Cassazione in tema di motivazione e prova dell'accertamento tributario*, in *Giur. imp.*, 2000, p. 757 ss. (l'orientamento cui fa riferimento l'a. sostiene che l'ente impositore non è tenuto ad indicare nella motivazione dell'accertamento le prove della pretesa, attenendo la motivazione alla sfera procedimentale e le prove a quella processuale); C.E. GALLO, *Motivazione e prova nell'accertamento tributario*, in *Riv. trib.*, 2001, p. 1088 ss.

²² V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 341 ss., spec. p. 382.

dere dalla natura tipica o atipica di esso. *Rebus sic stantibus*, pare allora potersi ritenere che tutti gli elementi di prova siano utilizzabili, purché ammissibili e rilevanti e raccolti *secundum legem*. Ciò, si badi, rimanendo nell'ambito dei confini dell'oggetto dell'indagine come individuati dalle allegazioni fattuali delle parti; vi è un divieto, infatti, di indagini esplorative compiute *extra allegationes partium*, ciò che non è sempre stato, perché in tempi più risalenti, in nome dell'interesse statale alla riscossione del tributo, si negava alle parti la disponibilità del *thema decidendum* per riconoscere al giudice tributario l'esercizio di poteri inquisitori, tanto in senso formale che sostanziale²³.

In virtù del principio di acquisizione e del principio di parità delle armi, poi, anche il contribuente potrà avvalersi degli stessi elementi utilizzabili dall'amministrazione, pur se atipici, sia in sede di procedimento che di processo tributario²⁴. Sarebbe infatti contrario ai principi costituzionali un ordinamento il quale riconoscesse dignità di prova a determinati elementi nel procedimento amministrativo ai fini dell'emissione del provvedimento e poi non consentisse che quell'elemento abbia valore di prova nel processo. Dal diritto di difesa e dal principio di parità delle armi, infatti, discende il diritto del contribuente di difendersi, nel processo tributario, anche attraverso quegli stessi mezzi di prova di cui nel procedimento amministrativo si sia avvalsa l'amministrazione finanziaria: il diritto di una parte ad avvalersi di una prova, infatti, in tanto esiste e trova tutela in quanto si riconosca alla controparte il diritto allo stesso tipo di prova. Tuttavia, non basta questo perché si possa parlare di "parità"; avvalersi degli stessi elementi di prova, infatti, non significa essere dotati degli stessi poteri istruttori. Come dimostra la circostanza che, a processo instaurato, l'amministrazione finanziaria non possa esercitare i propri poteri di indagine per ampliare il materiale istruttorio già formato o per replicare alle censure formulate *ex adverso* dal contri-

²³ Il tema è sconfinato, rinvio qui per tutti a V. ANDRIOLI, *Intorno ai principi generali della prova nel processo tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1939, I, p. 289 ss.; C. GLENDI, *I poteri del giudice nell'istruttoria del processo tributario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 906 ss.

²⁴ E lo stesso potrà fare il giudice, v. in questo senso G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 7.

buente. Tali poteri, infatti, sono espressamente finalizzati dalla legge allo svolgimento dell'istruttoria primaria davanti all'ente impositore, mentre il loro esercizio in pendenza del processo comprometterebbe il principio di parità delle armi, in virtù del quale ricorrente e resistente devono avere nel processo tributario pari opportunità di accesso al fatto; instaurato il giudizio, pertanto, l'amministrazione finanziaria si presenta davanti al giudice non più quale titolare del potere tributario ma come parte del processo, avendo, in quanto tale, gli stessi poteri processuali del contribuente²⁵. In applicazione di quanto ora premesso, quindi, gli strumenti parametrici di rideterminazione complessiva del reddito o di singole sue parti e il reddito accertato sinteticamente attraverso il redditometro, ad esempio, non costituiscono *ex se* prova giuridica di un enunciato fattuale (la consistenza del reddito prodotto), ma al più presunzioni²⁶.

Venendo dalle presunzioni alla formazione delle prove *stricto sensu* intese, davanti alle Commissioni tributarie si discute se le prove costituente debbano essere formate nel contraddittorio delle parti oppure no²⁷. Quanto ai documenti, essi devono essere prodotti nel processo in modo formale, facendo menzione puntualmente nell'atto processuale al quale sono allegate o, se prodotte separatamente, indicandole in apposita nota (v. artt. 22, comma 4°, 23, comma 2°, 24, comma 1°, 32, comma 1°, 53-54, d.lgs. n. 546 del 1992). Le prove prodotte fuori termine sono inammissibili, e quindi non possono essere prese in esame dal giudice, che neppure può acquisirle d'ufficio ricorrendo ai propri poteri istruttori²⁸.

²⁵ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 8.

²⁶ In specie, presunzioni legali secondo G.M. CIPOLLA, *ibidem*; mentre parla di presunzioni semplici la Consulta, per cui v. Corte cost., n. 105 del 1° aprile 2003, con riferimento ai parametri.

²⁷ È a favore della formazione in contraddittorio *ibidem*, p. 9, sia in udienza sia che si tratti di prova da acquisirsi fuori dell'udienza (per esempio, come è nel caso dell'accesso presso i locali dell'impresa); contra L.P. COMOGLIO, *Prove penali, "giusto processo" e poteri di acquisizione del giudice tributario*, in *Dir. proc. trib.*, 2000, I, p. 945, ove l'a. ritiene che nei processi diversi da quello penale, dunque anche in quello tributario, la prova può essere formata al di fuori di uno svolgimento dialettico tra le parti.

²⁸ Ritengono invece che le preclusioni processuali in cui siano incorse le parti non impediscano al giudice tributario di acquisire d'ufficio le prove documentali prodotte fuori termine R. SCHIAVOLIN, *Le prove*, in *Giur. sist. dir. trib.*, *Il processo*

Sempre con riguardo all'acquisizione della prova, occorre ricordare che l'art. 7, comma 1°, d.lgs. n. 546 del 1992, attribuisce alla Commissione tributaria «ai fini istruttori e nei limiti dei fatti dedotti dalle parti, [...] tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli uffici tributari e all'ente locale da ciascuna legge d'imposta». Interpretando questo dettato, alcuni ritengono che la tipologia dei poteri istruttori attribuiti al giudice tributario vari da tributo a tributo, avendo un'estensione diversa a seconda della disciplina riservata in sede extraprocessuale alle indagini dell'amministrazione finanziaria²⁹; e che i poteri istruttori delle Commissioni tributarie siano più ristretti e limitati rispetto ai ben più articolati poteri spettanti agli uffici tributari³⁰; in tutti i casi in cui la scarna disciplina dell'art. 7, d.lgs. n. 546 del 1992, non dovesse soccorrere, in virtù della norma generale di rinvio dettata dall'art. 1, comma 2°, d.lgs. n. 546 del 1992, si applicherebbero le norme del codice di procedura civile³¹. Altra autorevole dottrina, affermando il carattere esaustivo dell'art. 7 in commento, ritiene che la Commissione tributaria non possa avvalersi di mezzi istruttori previsti dal c.p.c. ma non dall'art. 7 *de quo*, per cui al giudice tributario non sarebbero conferiti poteri istruttori aggiuntivi rispetto a quelli dati all'ufficio, trattandosi di poteri di istruzione secondaria con funzione integrativa rispetto agli apporti

tributario, diretta da F. Tesauro, Torino, 1998, p. 494 ss.; P. Russo, *Manuale di diritto tributario. Il processo tributario*, cit., p. 165.

²⁹ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 11, al cui avviso la massima espressione dei poteri istruttori spettanti ad un ente impositore è rappresentata dalle norme che attribuiscono all'amministrazione finanziaria una gamma composta di poteri da utilizzare nel controllo delle dichiarazioni dei redditi e delle dichiarazioni IVA (artt. 32 ss., d.P.R. n. 600 del 1973, e artt. 51 ss., d.P.R. n. 633 del 1972); in virtù del rinvio operato dall'art. 7, comma 1°, sopra citato, tali disposizioni, ove compatibili, sarebbero applicabili anche nel processo tributario.

³⁰ V. A. COLLI VIGNARELLI, *I poteri istruttori delle Commissioni tributarie*, Bari, 2002, p. 125 ss.; G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 11.

³¹ Fra le quali il principio di non contestazione, per cui dinanzi alle Commissioni tributarie vanno provati soltanto i fatti giudizialmente controversi; v. E. DE ROMA, *Principio di non contestazione tra processo civile e processo tributario*, in *Giur. trib.*, 2007, p. 677 ss. E la disciplina in materia di ordine di esibizione dei documenti di cui all'art. 210 c.p.c., v. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 12.

probatori delle parti³². Ciò che l'art. 7 consente, in buona sostanza, è che in ordine ai mezzi istruttori previsti dal medesimo per il processo tributario la disciplina di quest'ultimo sia integrabile con le norme del c.p.c. per quanto riguarda le modalità di assunzione dei mezzi istruttori³³.

Ora, a me pare che in entrambe le teorie vi siano elementi degni di essere accolti, ma altri che invece non colpiscono nel segno. Innanzitutto, la norma di cui all'art. 7, d.lgs. n. 546 del 1992, non è una disposizione sui poteri istruttori del giudice tributario, bensì una norma sui poteri in generale della Commissione tributaria, come si evince chiaramente dalla rubrica e dall'ultimo comma della stessa, che disciplina il potere di disapplicazione di atti ritenuti illegittimi, ciò che evidentemente nulla ha a riguardo con i poteri di indagine o istruttori. Il rilievo è importante, perché si comprende come *ratio* dell'art. 7 non sia disciplinare in via integrale, per quanto anche attraverso rinvii al c.p.c., la materia dei poteri istruttori, bensì più in generale i poteri del giudice tributario. Secondariamente, i poteri istruttori delle Commissioni tributarie, stando alla lettera, in questo mi pare molto chiara, dell'art. 7, comma 1°, sono sì i medesimi conferiti agli uffici e agli enti locali, però riguardo a ciò che la norma prevede, ovvero «facoltà di accesso, richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti», non riguardo ad altri mezzi di prova su cui il comma 1° non dispone; tant'è che il comma 4° prevede espressamente la non ammissibilità del giuramento e della prova testimoniale (ciò di cui non si sarebbe avvertita la necessità se il comma 1° disciplinasse esaustivamente la materia istruttoria modellando i poteri della Commissione *tout court* su quelli degli uffici). E a monte di ciò non è possibile dimenticarsi del rinvio generale di cui all'art. 1, comma 2°, d.lgs. n. 546 del 1992, a tenore del quale il giudice tributario applica le norme del decreto citato e «per quanto da esse non dispo-

³² In questo senso F. TESAURO, voce *Processo tributario*, cit., sub § 22, ove l'a. conclude ritenendo quindi non applicabili nel processo tributario le norme del c.p.c. in materia di interrogatorio formale (art. 117), ordine di ispezione di persone e di cose (art. 118), delega all'assunzione di prove (art. 203), rogatoria internazionale (art. 204), ordine di esibizione di documenti o altre cose (art. 210), richiesta di informazioni alla p.a. (art. 213).

³³ V. F. TESAURO, voce *Processo tributario*, cit., sub § 22.

sto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile». Quindi, esclusi giuramento e prova testimoniale dall'espresso dettato dell'art. 7, comma 4°, a me pare che agli altri strumenti istruttori previsti dal c.p.c. possa fare ricorso il giudice tributario ove essi possano contribuire all'accertamento dei fatti.

L'art. 7, comma 2°, d.lgs. n. 546 del 1992, attribuisce alle Commissioni tributarie l'ulteriore potere di richiedere relazioni ad organi tecnici della p.a. o di altri enti pubblici, fra cui, per esempio, la Guardia di finanza³⁴; nonché il potere di disporre consulenza tecnica, per la quale, in difetto di norme *ad hoc*, deve ritenersi applicabile la corrispondente disciplina dettata dagli artt. 61 ss. e 191 ss. c.p.c.³⁵.

4. *I mezzi di prova utilizzabili nel procedimento di accertamento e nel processo tributario*

L'istruttoria tributaria, tanto in sede procedimentale quanto in sede processuale, è prevalentemente documentale. La prova documentale, sovente, è formata da un soggetto diverso rispetto alla p.a. procedente, per esempio dalla Guardia di finanza. La natura documentale dell'istruttoria tributaria è rafforzata dalla circostanza che l'ordinamento impone al contribuente una serie di obblighi documentali al fine di adempiere agli obblighi fiscali (si pensi alle scritture contabili per l'imprenditore o alle dichiarazioni dei redditi dei singoli)³⁶.

Tuttavia, è intuitivo comprendere come l'accertamento tributario difficilmente possa reggersi soltanto su prove documentali (basti

³⁴ Ciò che fa dire ad alcuni come tale disposizione violi diversi principi costituzionali nonché i principi di imparzialità e di terzietà del giudice, applicandosi tale principio anche ai suoi ausiliari, v. R. SCHIAVOLIN, *Le prove*, cit., p. 503.

³⁵ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 11.

³⁶ V. F. TESAURO, voce *Processo tributario*, cit., § 21. In base al disposto dell'art. 24, comma 1°, i documenti devono essere elencati negli atti di parte cui sono allegati ovvero, se prodotti separatamente, in apposita nota sottoscritta; l'art. 32 prevede poi che le parti possono depositare documenti fino a venti giorni liberi prima della data di trattazione e fino a dieci giorni prima memorie illustrative.

pensare, solo per fare un esempio, a come si possa accertare un'ipotesi di evasione fiscale). Sovente sono proprio le prove critiche a consentire di confutare quanto emerge dalla prova documentale e a svolgere il ruolo principale al quale già si è accennato³⁷. Il collegamento inferenziale tra il fatto noto (ad esempio, il consumo e il godimento di un certo tipo di beni) e il fatto ignoto (il reddito effettivo del soggetto sottoposto ad accertamento) potrà rappresentare prova giuridica del fatto da provare ove assistito dai requisiti di gravità e precisione secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*, cioè della probabilità, e non secondo la regola dell'inferenza necessaria; una sola prova critica assistita da queste caratteristiche, pertanto, può smentire le dichiarazioni documentali del contribuente o vincere le risultanze di altra prova documentale. È interessante inoltre sottolineare come non esistano preclusioni, in sede di procedimento e di processo tributario, all'impiego di prove critiche: il divieto di cui all'art. 2729, comma 2°, c.c., per cui le presunzioni non sono ammesse nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni, non opera nel processo tributario per effetto del divieto di fare ricorso in quest'ultimo alla testimonianza³⁸.

Quanto alla confessione, in assenza di divieti, tradizionalmente se ne riconosce l'ammissibilità anche nel processo tributario³⁹.

E lo stesso è a dirsi per le prove atipiche, categoria nella quale si fanno rientrare le prove che non trovano un'espressa regolamentazione nel codice civile o nelle leggi tributarie, le sentenze emesse in altri giudizi, le prove *aliunde*, gli scritti di contabilità non ufficiale (c.d. nera) tenuta dal contribuente, le dichiarazio-

³⁷ Ad avviso di G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 13, la funzione di prova *par excellence* svolta dalle presunzioni nel diritto tributario dipende anche dallo scarso peso assegnato in esso alle prove orali (in specie, alla prova testimoniale e al giuramento, entrambi vietati); in buona sostanza, escluse le prove orali, le uniche tipologie di prova che residuano sono le prove documentali e le prove presuntive.

³⁸ Così G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 13.

³⁹ V. *ibidem*. Ad avviso di F. TESAURO, voce *Processo tributario*, cit., sub § 24, la confessione sarebbe ammissibile ma non varrebbe come prova legale, bensì come prova liberamente valutabile, in quanto il processo tributario non verterebbe su diritti disponibili. A me pare che, ove se ne ammetta l'utilizzabilità, il valore della prova debba essere quello tipico, quanto meno con riferimento alla confessione eventualmente resa dal contribuente in giudizio.

ni rese da terzi davanti alla Guardia di finanza e agli uffici tributari nell'istruttoria primaria e, più in generale, il comportamento tenuto dal contribuente durante lo svolgimento delle attività di controllo⁴⁰.

Quanto alla valutazione del materiale probatorio acquisito, il criterio principe è quello della libera valutazione ai sensi dell'art. 116, comma 1°, c.p.c.; e ciò vale, in via di principio, non soltanto per il giudice del processo tributario, ma anche per il funzionario del procedimento tributario, a ciò tenuto anche in base al principio di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97, comma 2°, Cost.), e questo sia per le prove tipiche che per quelle atipiche. Tuttavia, occorre combinare questo principio con la disciplina prevista per i singoli mezzi: le dichiarazioni acquisite dai terzi in sede di istruttoria primaria, per esempio, potranno essere prese in considerazione dal giudice del processo tributario, ma non come prova piena, vigendo il divieto di prova testimoniale, bensì come indizio o come argomento di prova⁴¹.

L'art. 7, comma 4°, d.lgs. n. 546 del 1992, esclude invece dal novero delle prove ammissibili nel processo tributario, come sopra accennato, il giuramento e la prova testimoniale. Se l'esclusione del primo non stupisce né pone particolari problemi, più articolato è quanto può dirsi con riguardo alla prova per testi. Il divieto di assunzione di prova testimoniale, infatti, dovrebbe comportare l'irrelevanza nel processo tributario delle dichiarazioni orali di terzi riprodotte nei processi verbali della Guardia di finanza o dell'amministrazione finanziaria, nonché delle dichiarazioni di terzi riprodotte per iscritto e introdotte nel processo con il documento che le riproduce. La Corte costituzionale, distinguendo tra testimonianze raccolte nel processo e dichiarazioni di terzi, ha affermato che il divieto delle prime non impedisce al giudice tributario di prende-

⁴⁰ Su alcune di queste fattispecie, in particolare su quelle che costituiscono trasmissione di attività processuale, quindi la sentenza e la prova *aliunde*, tornerò *infra*.

⁴¹ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 14. Discorso diverso vale per la contabilità parallela tenuta dal contribuente, a cui la giurisprudenza riconosce valore di prova piena a tutti gli effetti, come tale idonea e sufficiente a dimostrare tanto l'inattendibilità della contabilità ufficiale quanto l'effettivo ammontare del reddito prodotto.

re in considerazione le seconde come semplici indizi. Detto in altri termini, le dichiarazioni rese dai terzi agli uffici tributari e alla Guardia di finanza fuori dal processo e senza le garanzie previste per l'assunzione della prova per testi, quand'anche depositate nel processo tributario attraverso la produzione dei relativi verbali, non possono costituire *ex se* dimostrazione della fondatezza della pretesa erariale. In virtù del principio di parità delle parti e delle armi, l'inammissibilità nel processo della prova per testi ridonda sull'istruttoria amministrativa degradando l'efficacia dimostrativa della dichiarazione del terzo al rango di indizio, in quanto tale utilizzabile dall'amministrazione finanziaria in via di propulsione e di orientamento dell'indagine fiscale, e solo unitamente ad altri più qualificati elementi nel senso di legittimare l'emissione dell'avviso di accertamento⁴². Analoga efficacia avrebbero nel processo tributario i verbali di testimonianze acquisite in altri processi, costituenti prove atipiche in sede fiscale, pertanto inidonee a supportare, sul piano dimostrativo, la ricostruzione storica operata dal giudice tributario⁴³.

⁴² V. Corte cost., n. 18 del 21 gennaio 2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 128 ss., e in *Giur. it.*, 2000, p. 1075 ss.; *ex multis*, Cass., sez. trib., n. 11221 del 16 maggio 2007, in *Corr. trib.*, 2007, p. 2360 ss. Sul punto v. F. TESAURO, voce *Processo tributario*, cit., § 23.

⁴³ V. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 14, ove l'a. peraltro sottolinea come sia anacronistico il divieto di prova testimoniale nell'ordinamento tributario, ove non troverebbe più giustificazione, essendosi superata una concezione inquisitoria del processo tributario ed essendo il divieto oggi ben poco coerente con il modello di riferimento rappresentato dal processo civile. Senza contare che, in non pochi casi, la prova testimoniale si presenta quale unico mezzo idoneo a ricostruire eventi del passato, quali la simulazione di un contratto, la non abitualità dell'esercizio di un'attività economica, l'inerenza di un bene all'esercizio di una determinata attività economica, e via di questo passo. Per queste ragioni, l'abrogazione del divieto di prova per testi nel processo tributario non appare ulteriormente procrastinabile, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha stabilito che in materia di infrazioni di natura fiscale si debba celebrare il processo in un'udienza informata al canone dell'oralità, in cui ogni parte abbia la facoltà di escutere i propri testi e di controinterrogare i testi dedotti da controparte (v. Corte Edu, 23 novembre 2006, c. 73053/01, *Jussila v. Finland*, in *Riv. trib.*, 2007, p. 34 ss., con nota di M. GREGGI).

5. *La permeabilità dell'accertamento tributario rispetto a elementi di prova provenienti da altri giudizi*

Stante il disposto dell'art. 7, comma 4°, d.lgs. n. 546 del 1992, che prevede l'inammissibilità nel processo tributario del giuramento e della prova testimoniale, si è posto più volte nella prassi il problema dell'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e delle dichiarazioni rese da terzi in sede di indagini svolte, a fini penali, dalla Guardia di finanza.

La posizione più recente della Suprema Corte, proprio partendo dall'art. 7 sopra ricordato, fa luce sulla questione affermando che detta norma limita i poteri istruttori delle Commissioni tributarie impedendo loro di assumere direttamente, nel contraddittorio delle parti, la narrazione di fatti della controversia compiuta da un terzo, ma non limita i poteri degli organi amministrativi di verifica disciplinati da altre disposizioni. Pertanto, le dichiarazioni di terzi raccolte dai verificatori, quand'anche nell'ambito di un procedimento penale, e inserite nel processo verbale di constatazione, hanno natura di mere informazioni acquisite nell'ambito di indagini amministrative e sono pienamente utilizzabili quali elementi di prova, anche a favore del contribuente⁴⁴.

La sentenza, tuttavia, è ancor più interessante laddove non si limita a pronunciare sulla questione specifica oggetto del ricorso, ma prende un respiro di carattere più sistematico, affermando che un atto *legittimamente* assunto in sede penale, e trasmesso all'amministrazione tributaria, entra a far parte a pieno titolo del materiale *probatorio e indiziario* che il giudice tributario *deve* valutare⁴⁵. E ciò in quanto non vi sono, sempre ad avviso della Cassazione, ostacoli generali all'applicazione di questa regola nel diritto tributario. Non

⁴⁴ Così Cass., sez. trib., sent. 7 febbraio 2013, n. 2916, in *Riv. giur. trib.*, 2013, p. 385 ss., la quale si richiama, v. al punto 3 della motivazione, ai precedenti n. 20032 del 2011, n. 11785 del 2010, n. 9402 del 2007. La posizione è stata confermata da Cass., sez. trib., 20 marzo 2013, n. 6918, ove la Suprema Corte ha affermato che nel processo tributario il giudice può legittimamente fondare il proprio convincimento anche sulle prove acquisite nel processo penale, purché tali prove vengano dal giudice tributario sottoposte ad una propria e autonoma valutazione.

⁴⁵ V. Cass., sez. trib., sent. 7 febbraio 2013, cit., punto 4 della motivazione (mio il corsivo).

è un ostacolo l'inviolabilità del diritto di libertà e di segretezza delle comunicazioni, perché il legittimo espletamento delle intercettazioni implica che sia già intervenuto l'atto motivato dell'autorità giudiziaria nel rispetto delle garanzie stabilite dalla legge di cui all'art. 15 Cost. Non è un ostacolo neppure il diritto di difesa perché, a differenza che nel processo penale, il difensore del contribuente non è chiamato a partecipare alla formazione della prova racchiusa nell'atto trasmesso, in quanto nel processo tributario l'atto acquisito non è destinato ad assumere il valore probatorio che ad esso è riconosciuto nel processo penale, poiché il minor tasso di garanzia del diritto al contraddittorio nel procedimento tributario si riverbera sulla minore attendibilità sul piano probatorio dell'atto. E, soprattutto, non ricorre nei procedimenti diversi da quello penale, in cui siano state autorizzate ed espletate le intercettazioni telefoniche, la *ratio* sottesa al divieto stabilito dall'art. 270 c.p.p.⁴⁶, volta ad evitare che procedimenti con imputazioni fantasiose possano legittimare il ricorso alle intercettazioni onde propiziare l'utilizzazione in procedimenti per reati che non consentirebbero questo mezzo di indagine⁴⁷. Conclusivamente, pertanto, la Suprema Corte ritiene che gli elementi desumibili da dichiarazioni rese da terzi alla Guardia di finanza e dalle intercettazioni telefoniche regolarmente espletate nel processo penale siano legittimi e che la valutazione complessiva dei dati acquisiti appartenga alla discrezionalità che compete al giudice del merito nell'apprezzamento dei fatti e degli elementi di prova⁴⁸.

La posizione elaborata dalla Cassazione è stata oggetto di numerose critiche. Si è osservato, infatti, che in sede penale la tutela del contribuente e il principio di parità delle armi sono garantiti dal con-

⁴⁶ L'art. 270 c.p.p. dispone che i risultati delle intercettazioni non possano essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali furono disposte, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Ad avviso di Cass., sez. trib., 23 febbraio 2010, n. 4306, in *Corr. trib.*, 2010, p. 1199 ss., il divieto posto dall'art. 270 c.p.p. non opererebbe nel contenzioso tributario ma solo in ambito penale, non potendosi arbitrariamente estendere l'efficacia di una norma del processo penale, posta a garanzia dei diritti di difesa in quella sede, a domini processuali diversi, come quello tributario, muniti di regole proprie.

⁴⁷ V. Cass., sez. trib., sent. 7 febbraio 2013, cit., loc. cit.

⁴⁸ V. Cass., sez. trib., sent. 7 febbraio 2013, cit., punto 7 della motivazione.

traddittorio dibattimentale in cui si forma la prova; che il materiale raccolto in sede di indagini (intercettazioni, dichiarazioni di terzi) è autonomamente vagliato dal giudice penale in sede dibattimentale al fine di valutarne l'attendibilità; e che il controesame orale dell'autore delle dichiarazioni rese in fase di indagini consente una piena valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni acquisite in fase di intercettazioni telefoniche, ed è essenziale alla realizzazione del diritto di azione e di difesa, così come la possibilità per l'imputato di introdurre prove – anche testimoniali – di segno opposto a quelle acquisite mediante intercettazioni telefoniche e ambientali, in una piena deliberazione dei fatti di causa che non subisce preclusioni o limitazioni. Nel processo tributario, invece, tale possibilità è per definizione preclusa, vigendo il divieto di assumere prove testimoniali, con la conseguente e inevitabile limitazione del diritto di difesa del contribuente; nel processo tributario, in altri termini, le dichiarazioni introdotte mediante verbalizzazione resterebbero “cristallizzate”, senza che sul contenuto delle intercettazioni telefoniche ed ambientali sia possibile instaurare una libera valutazione da parte del giudice che, per essere tale, deve necessariamente svolgersi nel rispetto della parità processuale delle parti⁴⁹. A ciò, inoltre, si aggiunga che, nel verbale ove sono riportate le dichiarazioni acquisite tramite intercettazione, sovente sono riportate le sole dichiarazioni sfavorevoli all'indagato, così che il contribuente si vede nella difficile situazione di trovarsi acquisite, agli atti del processo tributario, soltanto le dichiarazioni a lui sfavorevoli poste a fondamento della pretesa fiscale, senza avere piena contezza delle intercettazioni nella loro integralità⁵⁰. A mio avviso, le critiche prospettate hanno fondamento e, tuttavia, potrebbe ricercarsi un punto di equilibrio alle posizioni prospettate nel modo che segue. Da una parte, è condivisibile la posizione assunta dalla Suprema Corte nel senso di affermare la permeabilità dell'accertamento tributario rispetto a materiale istruttorio proveniente *aliunde* e, si noti, legittimamente assunto; dall'altra, si è forse dato poco peso, da parte della dottrina ricordata, ad una precisazione importan-

⁴⁹ Questo il pensiero di S. ARMELLA, F. DI LUCIANO, *L'utilizzo delle intercettazioni nel processo tributario e il delicato equilibrio con il diritto di difesa e il principio del giusto processo*, cit., spec. p. 388.

⁵⁰ V. *ibidem*.

te, ovvero che questo materiale vada a confluire nella “valutazione complessiva” dei dati acquisiti: ove vi sia uniformità e unidirezionalità in ciò che emerge dall’attività istruttoria, ivi o *aliunde* espletata, *nulla quaestio*; ove invece vi siano elementi di difformità o di contrasto, pare difficile ipotizzare che il giudice tributario dia rilievo a elementi *aliunde* provenienti per fondare la propria decisione.

Venendo alle dichiarazioni rese in altra sede procedimentale o processuale, occorre distinguere. Quanto alle dichiarazioni rese non da terzi, bensì dal contribuente che sia indagato in sede penale, si è ritenuto che nel processo tributario non possano essere assimilate a testimonianze, in quanto provenienti dalla parte, ma possano avere valore confessorio ove sfavorevoli al dichiarante, e siano liberamente valutabili dal giudice tributario e idonee a costituire prova esclusiva della fondatezza dell’accertamento, in specie se mai ritratte dal contribuente⁵¹. Invece, le dichiarazioni rese da terzi nell’ambito del procedimento penale avrebbero natura di informazioni raccolte durante indagini amministrative, e sarebbero quindi utilizzabili quali elementi di prova; al contribuente sarebbe riconosciuta la facoltà di introdurre, nel processo tributario, le dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale, con valore di elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice tributario alla luce del materiale probatorio prodotto in giudizio⁵². Anche le dichiarazioni rese da terzi nel processo penale potrebbero entrare nel processo tributario col valore di elementi indiziari, dunque concorrenti a formare il convincimento del giudice ma non idonei a costituire da soli il fondamento del-

⁵¹ In questo senso Cass., sez. trib., 24 ottobre 2005, n. 2061. Un caso particolare sarebbe rappresentato dalle dichiarazioni a contenuto confessorio rese in sede penale da amministratori di società; esse sarebbero pienamente utilizzabili nel processo tributario e non violerebbero il divieto di prova per testi di cui all’art. 7, comma 4°, d.lgs. n. 546 del 1992, perché stante il rapporto di immedesimazione organica che lega il rappresentante legale con la società rappresentata, si può escludere che il primo sia qualificabile come testimone ove riferisca di attività poste in essere dalla società. Tali dichiarazioni, pur avendo portata indiziaria, potrebbero assumere efficacia decisiva nel processo tributario, anche ove non corroborate da riscontri documentali, potendo valere come confessione stragiudiziale e costituire prova diretta del maggior imponible eventualmente accertato in capo alla società (v. Cass., sez. trib., 14 novembre 2012, n. 11862).

⁵² Così Cass., sez. trib., 5 ottobre 2012, n. 16978.

la decisione⁵⁵. Il profilo ora accennato è importante e consente, dal particolare, di passare ad un piano più generale. Anche nel processo tributario dovrebbe valere, a mio avviso, un principio: la prova legittimamente formata in una determinata sede processuale, ove trasmigri in un'altra, avrà in quest'ultima il valore e l'efficacia dimostrativa che le sarebbero propri ove fosse stata in essa formata; si deve guardare, cioè, al processo *ad quem*, e non al processo *a quo*, per valutare il peso della prova itinerante.

Un aspetto di particolare interesse nei rapporti fra processo penale e processo tributario concerne l'attività svolta dalla Guardia di finanza. Essa, infatti, oltre che come polizia tributaria, agisce anche come polizia giudiziaria, potendo dunque svolgere attività investigative per conto di un organo giudiziario⁵⁴; la Guardia di finanza, cooperando con gli uffici delle imposte per l'acquisizione di elementi utili ai fini dell'accertamento tributario e della repressione delle violazioni, persegue l'interesse pubblico al corretto funzionamento del sistema tributario, interesse di rango non inferiore a quello del perseguimento dei reati fiscali allorché essa agisce anche in veste di polizia giudiziaria⁵⁵⁻⁵⁶. Per la verità, con riferimento all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, giurisprudenza prevalente e dottrina maggioritaria sono inclini a riconoscere il trasferimento delle risultanze penali nel procedimento tributario anche in mancanza dell'autorizzazione, che è posta a tutela delle indagini penali e del segreto istruttorio e non dei soggetti coinvolti nel procedimento o di terzi, non essendo peraltro necessaria l'allegazione dell'autorizzazione all'at-

⁵⁵ V. Cass., sez. trib., 27 marzo 2013, n. 7707. Ad avviso di Cass., sez. trib., 11 giugno 2003, n. 9320, ove il giudice decida di non utilizzare le dichiarazioni ritenendole inattendibili, deve indicare le ragioni della suddetta inattendibilità.

⁵⁴ V. la Circolare n. 1 del 2008 della Guardia di finanza, parte VII, cap. I.

⁵⁵ V. Cass., sez. trib., 31 gennaio 2013, n. 2352. A questo proposito, gli artt. 33, comma 3°, d.P.R. n. 600 del 1973, in materia di imposte sui redditi, e 63, comma 1°, d.P.R. n. 633 del 1972, in materia di IVA, dispongono che la Guardia di finanza ha il potere di utilizzare e trasmettere agli uffici finanziari, ai fini dell'accertamento della maggior imposta dovuta, documenti, dati e notizie acquisiti nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria (il pubblico ministero).

⁵⁶ V. A.R. CIARCIA, *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, p. 831 ss., spec. pp. 831-832.

to impositivo⁵⁷. Essendo l'autorizzazione diretta a consentire la trasmissione agli uffici finanziari di materiale acquisito per fini esclusivamente penali, ne deriverebbe, ad avviso di alcuni, che la mancanza dell'autorizzazione non rileva ai fini dell'efficacia probatoria dei dati trasmessi, né implica invalidità o nullità dell'atto impositivo adottato sulla scorta degli stessi⁵⁸. Ad avviso di altra parte della dottrina, invece, l'autorizzazione del pubblico ministero sarebbe condizione per la trasmissione e per l'utilizzazione dei materiali in questione, così che, in mancanza, atti e documenti non potrebbero essere trasmessi o utilizzati, con la conseguenza che tali prove risulterebbero inutilizzabili in sede tributaria⁵⁹. Quest'ultima posizione è a mio avviso eccessivamente drastica. L'autorizzazione del p.m., condizione di procedibilità, per dir così, nel processo penale, non può assurgere allo stesso rango nel giudizio tributario, che dal primo diverge per oggetto, finalità, sanzioni. Coglie un elemento essenziale, poi, quella dottrina che sottolinea come gli elementi raccolti ai fini di indagine penale e rilevanti anche a fini fiscali non necessariamente costituiscono una rappresentazione asettica della situazione del contribuente, poiché non vi è obbligo di riportare tutto il materiale indiziario raccolto, dunque non solo quello sfavorevole ma anche quello favorevole al contribuente; e, pertanto, conclude nel senso per cui gli elementi assunti in sede penale dovrebbero avere mero valore indiziario nel processo tributario⁶⁰.

Venendo alla consulenza tecnica svolta in altro processo, la Suprema Corte afferma essere suo consolidato orientamento il principio per cui rientra nella discrezionalità del giudice utilizzare una perizia raccolta in un diverso giudizio fra le stesse o altre parti, in virtù

⁵⁷ Tutte nello stesso senso, v. Cass., sez. trib., 13 maggio 2011, nn. 10573-10577.

⁵⁸ V. A.R. CIARCIA, *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, cit., p. 833; Cass., sez. trib., 10 luglio 2012, n. 11607; Cass., sez. trib., 2 aprile 2007, n. 8181.

⁵⁹ V. S. STUFANO, *Sull'utilizzabilità delle prove illecite o illegittime*, in *Corr. trib.*, 2002, p. 3534 ss.; E. FORTUNA, *I poteri istruttori della Commissione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, p. 1056.

⁶⁰ V. S. ARMELLA, F. DI LUCIANO, *L'utilizzo delle intercettazioni nel processo tributario e il delicato equilibrio con il diritto di difesa e il principio del giusto processo*, cit., p. 391.

del principio dell'unità della giurisdizione⁶¹. La pronuncia è piuttosto interessante, perché si spinge oltre il singolo tema della consulenza tecnica e prosegue affermando che, in mancanza di divieti posti dalla legge, il giudice del merito può utilizzare anche prove raccolte in un diverso giudizio fra le stesse o fra altre parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse, onde trarne non solo semplici indizi o elementi di convincimento, ma anche attribuendo loro valore di prova esclusiva, ciò che varrebbe anche per la perizia svolta in sede penale o per la consulenza tecnica svolta in sede civile, *a fortiori* se essa sia stata predisposta in relazione ad un giudizio avente ad oggetto una situazione di fatto rilevante in entrambi i processi⁶².

⁶¹ V. già Cass., sez. trib., 6 febbraio 2009, n. 2904, in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 607 ss., con nota critica di S. MAGNONE CAVATORTA, *Osservazioni circa l'utilizzazione, con valore di prova, dinanzi alla Commissione tributaria regionale, della relazione di consulenza tecnica redatta in un processo diverso*, ivi, p. 609 ss.

⁶² V. Cass., sez. trib., 6 febbraio 2009, n. 2904, cit., p. 608.

CAPITOLO VI

SPUNTI DAL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Processo penale e processi, penali e non. – 2. La previsione di cui all'art. 238 c.p.p. – 3. Il trasferimento dell'azione civile in sede penale. – 4. Possibili corollari.

1. *Processo penale e processi, penali e non*

Il problema della trasmigrabilità della prova è destinato a porsi in termini peculiari nel processo penale¹, l'approccio al quale comporta immediatamente la necessità di porre una distinzione: ai nostri fini, infatti, ovvero quelli di un'indagine intorno alla circolazione di materiale processuale da una sede rituale ad un'altra, dobbiamo distinguere la circolazione di attività processuale tra diverse fasi di un medesimo processo penale o tra processi penali distinti, dalla circolazione di materiale processuale tra processo penale e diversi riti (civile, tributario, *et coetera*); nel primo caso, infatti, si rimane sempre e comunque nell'ambito della giurisdizione penale mentre, nel secondo, si verifica una più tangibile comunicazione fra giurisdizioni distinte².

¹ Così R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., p. 23, ove l'a. utilizza il termine "trasferibilità".

² Per questo, nel secondo ordine di ipotesi, ovvero l'uso nella decisione penale di conoscenze formate in processi o procedimenti diversi, molteplici paiono le con-

Si impone altresì un altro rilievo generale, in via di impostazione del tema, derivante dalla circostanza che, com'è noto, i principi di oralità e immediatezza hanno trovato consistente attuazione nel codice di rito penale come riformato sul finire degli anni Ottanta; è stato infatti sottolineato come le norme codicistiche, nel vietare al giudice del dibattimento di deliberare alla stregua degli atti di indagine preliminare, esprimono una regola dalla quale non sembra azzardato ricavare l'inutilizzabilità anche, e forse *a fortiori*, degli atti compiuti in altri procedimenti³.

Partendo dal dato normativo, è necessario prendere le mosse da alcune disposizioni che rilevano ai nostri fini, ed in specie, dall'art. 189 c.p.p.⁴, e dagli artt. 235-238 c.p.p.⁵. Su quest'ultimo ordine di disposizioni fermeremo l'attenzione poco oltre. Ora può essere interessante verificare in quali casi, in concreto, si è posto il problema che qui si cerca di indagare.

Un primo ordine importante di casi è rappresentato dall'ipotesi delle intercettazioni assunte in diverso procedimento e trasferite in un altro. In proposito, le Sezioni Unite hanno dichiarato l'infondatezza dell'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni provenienti *aliunde* basata esclusivamente sulla mancata acquisizione di tutti gli atti relativi alle intercettazioni acquisite, introducendo così una sorta di presunzione di legittimità dell'intercettazione *aliunde*⁶.

troindicazioni, almeno ad avviso di R. ORLANDI, *ibidem*, p. 14, per cui quando l'intercambio avviene fra procedimenti eterogenei, la conoscenza che si pretende di trasferire da un ambito ad un altro è acquisita secondo forme, criteri e finalità che sono propri di un tipo di accertamento e che quindi divergono dalle modalità vigenti nell'ordinamento processuale penale, correndosi dunque il rischio che, nel nuovo contesto processuale, l'elemento conoscitivo oggetto del trasferimento assuma un significato diverso da quello che gli era originariamente proprio, un po' come, prosegue l'a., se si volesse completare un mosaico con le tessere di un altro mosaico.

³ In questo senso, v. *ibidem*, p. 9.

⁴ Il quale, come noto, dichiara ammissibili le prove atipiche o innominate in quanto idonee ad accertare il fatto e non lesive della libertà morale della persona.

⁵ Essi contemplano la possibilità di acquisire al processo alcuni documenti, rispettivamente i documenti corpo del reato, quelli concernenti il giudizio sulla personalità che provengono dagli uffici dei servizi sociali e del casellario giudiziale, quelli provenienti dall'imputato, i verbali di prove provenienti da altri ambiti processuali.

⁶ V. Cass., sez. un., 17 novembre 2004, P.M. c. Esposito, in *Guida al dir.*, 2004, n. 50, p. 65 ss.

Com'è facile comprendere, il tema delle intercettazioni interseca, a monte, l'eterno dilemma dell'equilibrio fra dovere di prevenzione e di contrasto ai reati, da una parte, e diritto all'inviolabilità e alla segretezza delle comunicazioni, dall'altra. A valle, ove si ponga il problema della circolazione dell'intercettazione fra diversi procedimenti penali, non si può sottacere la delicatezza della posizione assunta dalla Suprema Corte e sopra ricordata, ove si rifletta alla circostanza che l'art. 268 c.p.p. dispone che le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni viene redatto verbale nel quale è trascritto, «anche sommariamente» (comma 2°), il contenuto delle comunicazioni intercettate; scaduto il termine per l'esame, da parte dei difensori, delle attività compiute, il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano manifestamente irrilevanti, «procedendo anche d'ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione» (art. 268, comma 6°, c.p.p.).

Il pericolo è dunque rappresentato dalla circostanza che, a circolare da una sede processuale all'altra, non sia l'intercettazione nella sua integralità, bensì un suo stralcio o una sua sommaria redazione. La dottrina sul punto si è mostrata particolarmente attenta, sottolineando come sia essenziale il rispetto dei principi fondamentali delle regole processuali e delle garanzie da esse poste, poiché un "giusto risultato" può ottenersi soltanto ricorrendo ad un «giusto metodo»⁷; concludendo pertanto che la regola generale debba essere quella della non trasferibilità dei risultati delle intercettazioni dal procedimento in cui sono state disposte ad altri procedimenti⁸.

La tesi ora prospettata appare alquanto *tranchante*. Concludere per l'inutilizzabilità, sempre e comunque, delle intercettazioni assunte con riguardo ad altro procedimento, se certamente non lascia dubbi sull'elevato tasso di garanzia della posizione così assunta,

⁷ V. N. MANI, *Sull'utilizzabilità di intercettazioni in diverso procedimento e sullo status del dichiarante in dibattimento*, in *Giur. it.*, 2012, p. 170 ss., spec. p. 171; F. GIUNCHEDI, *La sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*, in *Osser. proc. pen.*, 2009, I, p. 50 ss.

⁸ V. N. MANI, *Sull'utilizzabilità di intercettazioni in diverso procedimento e sullo status del dichiarante in dibattimento*, cit., p. 170.

dall'altro rischia di far pendere l'ago della bilancia completamente dalla parte opposta, ovvero lasciare potenzialmente sguarniti di prova fatti in ordine ai quali dall'intercettazione emergano significativi elementi a carico della parte sottoposta ad indagine. Un punto appare invece indubitabile: le intercettazioni della cui utilizzabilità altrove si discute sono soltanto quelle assunte legittimamente⁹.

Un altro problema significativo è rappresentato dalle dichiarazioni rese in qualità di testimoni da soggetti che dovevano essere sentiti in qualità di persone sottoposte alle indagini, e quindi con le garanzie e nel rispetto delle formalità previste dall'art. 210 c.p.p. L'orientamento della giurisprudenza pare consolidato nel senso di ritenere inutilizzabili le dichiarazioni della persona che fin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita come indagata o imputata e, più in generale, nel senso di ritenere inutilizzabili le dichiarazioni rese prima del dibattimento¹⁰. Tuttavia, questa indicazione va raccordata con quanto affermato dalla Consulta: interpellata in materia di art. 500 c.p.p., in tema di contestazioni della deposizione testimoniale, e pur sottolineando il principio dell'oralità del processo penale e dunque il *favor* per la formazione dibattimentale della prova, la Corte costituzionale ha chiarito come nei casi in cui la prova non possa, di fatto, formarsi oralmente, sia possibile dare rilievo, «nei limiti e alle condizioni di volta in volta indicate» dalle norme, ad atti formati prima e al di fuori del dibattimento. Numerose norme, infatti, recuperano al fascicolo del dibattimento, e quindi all'utilizzazione probatoria, atti non suscettibili di essere surrogati (o compiutamente e genuinamente surrogati) da una prova dibattimentale (ad esempio, le norme sugli atti irripetibili, art. 431 ss. c.p.p., sugli atti assunti nell'incidente probatorio, art. 392 c.p.p., e altre ancora)¹¹.

⁹ V. Cass. pen., sez. un., sent. 9 aprile 2010, n. 13426.

¹⁰ V. N. MANI, *Sull'utilizzabilità di intercettazioni in diverso procedimento e sullo status del dichiarante in dibattimento*, cit., p. 172.

¹¹ V. Corte cost., sent. n. 255 del 3 giugno 1992, in *www.cortecostituzionale.it*. La Consulta ricorda, nella medesima pronuncia, come allo stato dell'arte nel sistema italiano sia possibile dare lettura in dibattimento, e quindi utilizzare ai fini della decisione, le dichiarazioni rese dall'imputato che si rifiuta di sottoporsi all'esame (art. 513, comma 1°, c.p.p.), le dichiarazioni rese dall'imputato che afferma cose diverse (art. 503, comma 5°), le dichiarazioni rese dal coimputato che si avvale

2. La previsione di cui all'art. 238 c.p.p.

Il processo penale non conosce condizionamenti derivanti ad esso dal processo civile (eccezion fatta per l'ipotesi di cui all'art. 193 c.p.p. relativamente agli *status*); assenza di condizionamenti, tuttavia, non significa che il processo penale sia immune da ogni interferenza¹².

A differenza di quanto accade negli altri riti intorno ai quali si sta cercando di ragionare, il codice di procedura penale contiene una norma molto interessante ai nostri fini, e precisamente la disposizione di cui all'art. 238 c.p.p., significativamente rubricato «verbali di prove di altri procedimenti»¹³.

La norma ammette espressamente l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale, ove si tratti di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento (art. 238, comma 1°), nonché l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata (art. 238, comma 2°). In entrambi i casi, tali dichiarazioni possono essere utilizzate contro l'imputato soltanto se il suo difensore partecipò all'assunzione della prova o se nei suoi confronti fa stato la sentenza civile (art. 238, comma 2-*bis*).

Da un'interpretazione dei primi due commi che non appare forzata sembra potersi derivare un principio generale, ovvero che la prova (*rectius* il verbale della prova) assunta legittimamente, nel contraddittorio (contestuale o differito) delle parti, e sotto la direzione di un giudice (caratteristiche tutte presenti nella prova assunta nell'incidente probatorio, nel dibattimento e nel giudizio civile) può essere ammessa, e dunque entrare, in altro giudizio penale¹⁴. Am-

della facoltà di non rispondere (art. 513, comma 2°, c.p.p.), le dichiarazioni rese dal teste irreperibile, deceduto o che rifiuti di rispondere (art. 512 c.p.p.).

¹² Così efficacemente M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., spec. pp. 482-484.

¹³ Sulla quale già si è soffermato G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 277 ss., spec. p. 278.

¹⁴ V. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. p. 21, ove l'a. compie una serie di riflessioni proprio a proposito di alcune norme, fra cui l'art. 238 c.p.p., ricordando che la "generalizzazione", nel senso del ricavare un principio da singole disposizioni di legge, che pur costituiscono un riscontro nor-

missibilità dell'ingresso in altro processo penale non significa, naturalmente, efficacia preclusiva o in alcun modo vincolante nei confronti del giudice di quest'ultimo, neppure quando si tratti di verbali di prove provenienti da processo civile definito con sentenza passata in giudicato. È logico aderire, infatti, all'autorevole dottrina che ha sottolineato come l'idea che la formazione del giudicato consenta di presumere che tutto si è svolto *secundum ius* non ha fondamento, né razionale né giuridico; com'è noto, infatti, il passaggio in giudicato è ancorato ad un dato formale e può verificarsi anche per mancata proposizione di qualsivoglia impugnazione nei confronti di una sentenza di primo grado¹⁵.

La previsione di cui all'aggiunto comma 2-*bis* non inficia la possibilità di trasmigrazione della prova, ma pone un *quid pluris* (la partecipazione del difensore all'assunzione o il fare stato della sentenza civile) per l'efficacia di quei verbali *contra reum*; dal che, fra l'altro, si potrebbe dedurre che ove quelle circostanze non si siano verificate, i verbali delle dichiarazioni in questione possono comunque essere utilizzati *in favor rei*.

L'art. 238, comma 3°, c.p.p., prevede poi altro principio importante, laddove afferma che «è comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili»¹⁶; la migliore dottrina ritiene che la norma esprima una regola di portata generalissima, tale perciò da estendersi anche oltre le ipotesi in essa previste¹⁷. A mio avviso, la lettura più equilibrata della norma va ricerca-

mativo importante, è sempre delicata, ferma restando la condivisibilità di singoli assunti.

¹⁵ V. M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 493 ss., ove l'a. evidenzia, concludendo, come il giudicato non elimini i vizi occorsi durante il processo, bensì li renda semplicemente irrilevanti, confermando così che la bontà del giudizio non dipende dalla stabilità del provvedimento cui si è giunti.

¹⁶ Il comma ora in discorso prosegue precisando che se la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili (la norma vuole, evidentemente, evitare l'irripetibilità "colpevole" della prova, cioè dipendente da atto o comportamento della parte).

¹⁷ In questo senso R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., p. 143, al cui avviso è plausibile dedurre, *a contrario*, che non sia consentito acquisire la documentazione di atti provenienti da altri procedimenti qualora siano ripetibili.

ta ponendo particolare attenzione al termine “comunque”: e, quindi, ritenendo che ove l’atto non sia ripetibile per cause oggettive, la relativa documentazione possa essere acquisita “comunque”, cioè senza essere subordinata al vaglio di altre condizioni; ove l’atto sia ripetibile, non necessariamente esso deve essere ripetuto: se, ad esempio, le parti acconsentono all’acquisizione e se l’atto è stato compiuto nel rispetto dei principi fondamentali dell’istruzione probatoria, e dunque nel contraddittorio delle parti di fronte a giudice terzo e imparziale, non mi pare si debba giocoforza sostenere la ripetibilità soltanto perché, appunto, essa è possibile¹⁸.

3. *Il trasferimento dell’azione civile in sede penale*

Il tema dei rapporti fra azione civile e azione penale è affrontato dall’art. 75 c.p.p.¹⁹.

Commentando la norma, autorevole dottrina ha sostenuto che, attraverso l’art. 75 c.p.p., il legislatore avrebbe previsto una particolare ipotesi di estinzione *ex lege* del processo civile, estinzione

¹⁸ Al di fuori dei casi sin qui elencati, i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati nel dibattimento solo nei confronti dell’imputato che vi consenta; in difetto di consenso, tali verbali possono essere utilizzati per le contestazioni previste dagli artt. 500 e 503 c.p.p. (così l’art. 238, comma 4°, c.p.p.). Resta comunque fermo, salvo quanto previsto dall’art. 190-bis c.p.p. (che disciplina i requisiti della prova in casi particolari), il diritto delle parti di ottenere, a norma dell’art. 190 (disposizione generale sul diritto alla prova), l’esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite a norma dei commi 1, 2, 2-bis e 4 dell’art. 238 (così dispone il comma 5° della norma ora citata).

¹⁹ Il cui profilo è bene richiamare sinteticamente. La norma prevede che l’azione civile proposta davanti al giudice civile possa essere trasferita nel processo penale fino a quando, in sede civile, non sia stata pronunciata sentenza di merito anche non passata in giudicato; l’esercizio ad opera della parte di tale facoltà comporta rinuncia agli atti del giudizio civile, sulle cui spese provvederà il giudice penale (art. 75, comma 1°, c.p.p.). L’azione civile prosegue invece in sede civile se non è trasferita nel processo penale o se è stata iniziata quando non è più ammessa la costituzione di parte civile nel processo penale; se l’azione è proposta in sede civile nei confronti dell’imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, il giudizio civile è sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta a impugnazione, salve le eccezioni previste dalla legge (così l’art. 75, commi 2° e 3°).

dalla quale dovrebbero farsi discendere gli effetti di cui all'art. 310 c.p.c.²⁰. A mio avviso, è preferibile sposare la tesi della dottrina che ravvisa, nell'ipotesi in questione, un caso di *translatio iudicii*²¹. Ad ogni modo, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, ovvero sia che si pensi all'art. 75 c.p.p. come regolatore di una fattispecie estintiva produttiva degli effetti dell'art. 310 c.p.c., sia che lo si consideri come un'ipotesi di *translatio iudicii* produttiva degli effetti di cui all'art. 59, l. n. 69 del 2009, ai fini che qui più interessano, ovvero la sorte delle prove assunte nel giudizio civile poi trasferito nel processo penale, profilo su cui l'art. 75 c.p.p. tace, a mio avviso sono possibili alcune considerazioni.

Innanzitutto, non mi parrebbe equo ritenere che la prova assunta in sede civile, una volta trasferito il giudizio civile nel processo penale, venga degradata al rango di mero indizio anziché di prova piena. Il tema qui non è, a ben vedere, quello della prova *aliunde* o della prova prestata o circolante, cioè quello della prova che, assunta in un determinato processo, si trova a trasmigrare in altre sedi processuali, più o meno connesse con quella in cui la prova venne formata; qui si parla di un giudizio che è sempre lo stesso, il medesimo, e che viene trasportato dalla sede civile a quella penale. La prova in esso assunta, pertanto, conserva le caratteristiche sue proprie quando si ragiona in tema di domanda oggetto dell'azione civile trasferita nel giudizio penale; se quella stessa prova, invece, la si riguarda dall'angolo visuale dei fatti rilevanti per la pronuncia a contenuto penale, ecco che sì, in questo caso si torna a parlare e ragionare in termini di prova *aliunde*, perché la prova civile assunta in sede civile e acquisita al giudizio penale viene in rilievo non

²⁰ In questo senso L.P. COMOGLIO, *L'azione civile nel processo penale e le strategie di tutela del diritto al risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 161 ss., spec. p. 163.

²¹ V. M. NEGRI, *Il trasferimento dell'azione civile in sede penale e la sorte del giudizio civile: estinzione definitiva o temporaneo impedimento alla trattazione?*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 966 ss., spec. pp. 968-969, ove l'a. sottolinea altre differenze nella disciplina dell'estinzione ai sensi degli artt. 306 ss. c.p.c. e dell'art. 75 c.p.p. (in specie, la non rilevanza del consenso delle altre parti costituite, la sopravvivenza delle misure cautelari, l'automatismo dell'estinzione) che porterebbero, appunto, a pensare al trasferimento del giudizio in altra sede anziché ad un'estinzione.

ai fini del *petitum* civile bensì ai fini della posizione dell'imputato nell'ordinamento penale²².

Si noti, peraltro, che quanto sopra premesso con riguardo alla disciplina dell'art. 75 c.p.p., varrebbe per i rapporti tra processo penale e azioni civili restitutorie o di danno; mentre sul tema più generale dei rapporti fra processo civile e processo penale la dottrina sarebbe divisa fra coloro che ritengono che, al di là dell'art. 75 c.p.p., non sia dato rinvenire una disciplina generale dei rapporti fra processo civile e processo penale, e coloro che ritengono esistente una generale pregiudizialità del processo penale rispetto al giudizio civile²³.

Quanto alla posizione della giurisprudenza, la Suprema Corte, basandosi sul dato normativo, ha considerato innanzitutto l'abrogazione dell'art. 3 c.p.p. da parte del legislatore del 1988, nonché la previsione della vicenda sospensiva di cui all'art. 75 c.p.p., per cui le azioni civili risarcitorie e restitutorie sono sospese fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta ad impugnazione; quindi l'art. 654 c.p.p., che prevede, in ordine ai giudizi civili non risarcitori, l'autorità e l'efficacia della sentenza penale laddove il soggetto sia stato posto in grado di partecipare al processo; e ancora l'art. 211 disp. att. c.p.p., che in materia di rapporti tra azione civile e azione penale dispone che, salvo quanto previsto dall'art. 75, comma 2°, quando disposizioni di legge prevedono la sospensione necessaria del processo civile o amministrativo a causa della pendenza

²² Il pensiero parrebbe confermato da Cass. civ., sez. lav., sent. 29 gennaio 2008, n. 1985, in *Giur. it.*, 2008, p. 1457 ss., al cui avviso ove nel corso del processo civile avente ad oggetto un'azione risarcitoria contrattuale od extracontrattuale, la parte danneggiata decida di costituirsi parte civile nel processo penale che vede imputati gli asseriti responsabili convenuti in sede civile per i medesimi fatti, al fine di valutare l'applicabilità dell'art. 75 c.p.p. occorre considerare il *petitum* e la *causa petendi* delle due azioni. Se il giudice civile accerta che sono i medesimi e che il *petitum* civile comprende il risarcimento di tutti i danni, compreso quello morale, deve considerare la prima azione trasferita in sede penale e dichiarare l'estinzione del processo civile.

²³ V. per questa ricostruzione G. GIANCOTTI, *Brevi note sul rapporto tra giudizio risarcitorio civile per illeciti aventi anche rilevanza penale e successiva costituzione di parte civile*, cit., spec. p. 1461, e i riferimenti bibliografici ivi citati. Per tutti, v. la compiuta ricostruzione di M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., spec. pp. 228 ss., 276 ss., 376 ss.

di un processo penale, il processo civile o amministrativo è sospeso fino alla definizione del processo penale se questo può dare luogo a una sentenza che abbia efficacia di giudicato nell'altro processo e se è già stata esercitata l'azione penale; e infine, per ultimo ma non meno importante, il noto disposto di cui all'art. 295 c.p.c. Sulla base di queste disposizioni e di vari ordini di considerazioni, la Suprema Corte ha concluso nel senso per cui la sospensione necessaria del processo civile per pregiudizialità del processo penale parrebbe potersi giustificare anche in ipotesi diverse da quelle espressamente previste dall'art. 75 c.p.p., e ciò in specie laddove l'azione penale risulti preveniente e la sentenza penale possa produrre efficacia di giudicato²⁴.

4. Possibili corollari

Dalla digressione sopra condotta relativamente ad alcuni profili del processo penale che ritengo possano rilevare per la trattazione del tema oggetto di queste pagine, è opportuno trarre qui alcune considerazioni di ordine più generale che saranno ulteriormente utili in sede di conclusioni finali.

Una premessa è d'obbligo, e con questa si concorda, ancorché essa possa apparire *in apicibus* incompatibile con le riflessioni di questi ultimi capoversi, e cioè la circostanza che qualunque confronto con il processo penale sia estremamente delicato, poiché la diversità di struttura di questo processo, soprattutto rispetto al processo civile ma anche rispetto agli altri riti considerati, inevitabilmente si riflette su tutti gli istituti, in particolare sulla disciplina delle prove²⁵. Il rilievo è tanto vero quanto inconfutabile, evidentemente; cionondimeno, quello che si cerca qui di operare non è un confronto fra discipline processuali, bensì tentare di verificare quale e quanta attività processuale compiuta in sede penale possa essere idonea a circo-

²⁴ V. Cass., sez. un., sent. 5 novembre 2001, n. 13682, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2209. Sul collegato tema dell'efficacia della sentenza *aliunde* tornerò *infra*.

²⁵ Così L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, spec. p. 248.

lare in altre sedi, della medesima o di altra giurisdizione, e se in base ai principi che paiono venire in rilievo sia possibile o meno tentare una ricostruzione di carattere generale alla quale fare riferimento in ogni ipotesi in cui si ponga il tema della possibile utilizzabilità di materiale processuale formato *aliunde*.

Innanzitutto, l'attività processuale della cui idoneità alla trasmigrazione si rifletta è (e può essere soltanto, almeno a mio avviso) *attività processuale legittimamente compiuta*, cioè atti processuali, abbiano o meno carattere istruttorio qui non rileva, formati nel rispetto delle regole di procedura vigenti nel contesto giurisdizionale *a quo*, di origine. Non è pensabile, infatti, che un atto processuale viziato, perché compiuto in violazione delle norme di procedura che ne disciplinano la formazione, in quanto tale annullabile in quel medesimo contesto che lo ha generato, sia idoneo a produrre effetti altrove. In proposito, occorre peraltro distinguere. *Nulla quaestio*, infatti, per l'atto affetto da vizio di nullità processuale e quindi successivamente annullato, su istanza della parte o d'ufficio. *Quid*, però, dell'atto viziato e non sanato, o meglio sanato per mancata reazione della parte che avrebbe potuto avere interesse alla sanatoria ma ha soprasseduto? A me pare che in un'ipotesi siffatta occorra distinguere: l'atto processuale in questione può avere effetti in altro giudizio, ove vi trasmigri, soltanto in ipotesi di identità delle parti processuali, cioè soltanto nei confronti di quelle parti che, già presenti e in grado di difendersi nel giudizio *a quo* nel quale all'atto, pur affetto da vizio di nullità, si è fatta scientemente acquiescenza, così emendando il vizio e l'atto medesimo. Laddove invece le parti dei due giudizi siano differenti, e si pretenda di far valere nel giudizio *ad quem* l'atto viziato a sfavore di una parte che non aveva partecipato al processo in cui esso è stato formato, saremmo in presenza di una palese violazione del diritto di difesa della parte, come tale da respingersi.

Secondariamente, merita una riflessione un altro principio, sul quale siamo già rapidamente transitati, ovvero il principio di non dispersione dei mezzi di prova, evidenziato proprio in tema di processo penale dalla Consulta. Ad avviso del giudice delle leggi, infatti, la volontà del legislatore della riforma esprimerebbe il suddetto principio proprio attraverso una serie di istituti, consentendo di concludere che il sistema accusatorio ha prescelto la dialettica del contraddit-

torio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità, ma accanto al principio dell'oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione dei mezzi di prova non compiutamente o non genuinamente acquisibili col metodo orale²⁶.

Il tema ha sullo sfondo l'eterno problema dell'accertamento del fatto, intorno al quale si agitano, scontrandosi, da una parte i tentacoli dell'oralità dibattimentale e del contraddittorio, elevato dall'art. 111 Cost. a norma fondamentale nel processo penale in ordine alla formazione della prova, e dall'altra, con non minore forza, quelli della non dispersione della prova raccolta *extra* dibattimento e dalla quale, peraltro, sia possibile estrapolare elementi utili alla ricostruzione della verità. E proprio su questo punto a me pare che il processo penale mostri tutta la sua peculiarità e che questa imponga ragionamenti di nicchia che, potendo (e talvolta dovendo) valere per questo rito, non siano invece automaticamente riferibili ad altre realtà processuali. È infatti evidente che i valori in gioco in questo ambito della giurisdizione, su tutti il giudizio di colpevolezza o di innocenza e la conseguente possibile restrizione della libertà personale, richiedono ragionamenti e valutazioni complesse che lasciamo, doverosamente, allo studioso del processo penale per limiti evidenti di competenza. A mio avviso, l'oralità e il contraddittorio dibattimentali possono essere recessivi in favore del recupero di uno strumento istruttorio formato al di fuori del dibattimento soltanto *in favor rei*, e non mi pare si possa eventualmente giungere ad un giudizio di colpevolezza dell'imputato sulla base di elementi che, raccolti prima del dibattimento e al di fuori del contraddittorio dell'incidente probatorio, non siano rinnovabili/ripetibili nella sede della più piena oralità dibattimentale.

A questo proposito vorrei mettere in campo una terza riflessione, relativa al se, ed eventualmente al come, possa rilevare sul punto il criterio dell'"assolutamente necessario". Di esso vi è traccia, fra l'altro,

²⁶ V. Corte cost., sent. 3 giugno 1992, n. 255, cit., ove la Consulta conclude che, proprio alla luce delle considerazioni suesposte, appare priva di giustificazione la norma di cui all'art. 500, commi 3° e 4°, c.p.p., ove si preclude al giudice di valutare, al fine dell'accertamento dei fatti, le dichiarazioni rese dai testi al p.m. e di cui si è data lettura per le contestazioni, perché ciò pone in essere una irragionevole preclusione alla ricerca della verità.

in quell'orientamento giurisprudenziale al cui avviso una volta che, nel processo penale, si sia perfezionato l'accordo delle parti sul rito, esse perdono ogni potere in ordine all'ammissione delle prove, e tuttavia il giudice di appello conserva il potere di acquisire prove preesistenti o sopravvenute qualora lo ritenga "assolutamente necessario" ai fini della decisione²⁷. Ancorché quanto ora ricordato non rappresenti più un profilo di attualità dopo la legge n. 479 del 1979²⁸, è tuttavia il criterio dell'"assolutamente necessario" a conservare una freschezza tale da consentire valutazioni ultrattive sul tema, nel senso che non sembra così peregrino acconsentire all'affermazione per cui il giudice può recuperare da una sede extradibattimentale quegli strumenti di conoscenza dei fatti, quegli elementi di prova, che siano dotati della caratteristica in questione, ovvero si rivelino assolutamente necessari ai fini della prova dell'esclusione della colpevolezza.

Infine, ed è questo l'ultimo dei principi qui considerati, se in un panorama così variegato, a tratti forse confuso, è difficile orientarsi, a me pare, ancora una volta sulla scorta della giurisprudenza della Consulta, che un faro possa essere individuato nel principio del libero convincimento del giudice²⁹. È infatti evidente che compito dello studioso è cercare di individuare i principi generali alla cui stregua tentare di ricostruire un discorso organico sul punto, ma è soltanto il singolo giudice del concreto caso di specie, mai uguale ad un altro specifico concreto caso di specie, a poter accertare come e quanto possa pesare, ai fini della singola decisione affidatagli, il materiale proveniente *aliunde* (inteso sia come precedente fase del medesimo processo che come altro giudizio); ed è attraverso il doloroso parto del proprio libero convincimento che, alla luce del complesso degli elementi che si pongono alla sua attenzione, il giudice riterrà, spiegandolo in motivazione, a quali elementi ha ritenuto di dare rilevanza, in quale senso e perché.

²⁷ Questa è la risalente posizione di Cass. pen., sez. un., sent. 13 dicembre 1995.

²⁸ V. sul punto M. ROSSI, *Rinnovazione dibattimentale e giudizio abbreviato: problemi di compatibilità*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2653 ss., spec. p. 2655.

²⁹ Ad avviso di E.M. CATALANO, voce *Prova (canoni di valutazione della)*, in *Dig.*, 2008, p. 3, il canone del libero convincimento può essere utilizzato come veicolo per attribuire al giudice un potere tendenzialmente illimitato nella ricerca delle prove e nell'accertamento dei fatti.

PARTE TERZA
RILETTURA DI ALCUNE NOZIONI

CAPITOLO VII

INTORNO AL CONCETTO DI “PROVA”

SOMMARIO: 1. Diacronia delle nozioni. – 2. La nozione di “prova atipica”. – 3. La nozione di “argomento di prova”. – 4. La “prova legale”. – 5. La regina dei mezzi di prova. – 6. La consulenza tecnica. – 7. Le informazioni. – 8. Gli strumenti probatori acquisiti in altra fase del medesimo processo giurisdizionale: alcuni profili. – 9. La porta dell’ammissibilità e della rilevanza. – 10. Il principio del libero convincimento del giudice.

1. *Diacronia delle nozioni*

L’analisi condotta sin qui ha comportato il riferimento ai concetti di “prova”, di “indizio”, di “argomento di prova”, ed altri ancora, che non sono stati di volta in volta indagati, bensì assunti come noti. Ora, tutti sanno come, nel corso del tempo, essi siano stati oggetto di (talvolta profonde) evoluzioni, ed a questo punto della trattazione è giunto il momento di sostare su di essi, per verificarne la tenuta, non soltanto ai fini di ciò che precede bensì, soprattutto, ai fini delle conclusioni che si cercherà di porre nelle pagine che seguono.

Poiché, in via di principio, qualunque affermazione è confutabile, a me pare che un metodo efficace per muoversi nella direzione prospettata possa consistere nel partire da alcune affermazioni che possiamo considerare acquisite (perché ragionando diversamente, evidentemente, non troveremmo mai un punto di partenza esente da

dubbio sul quale poter poggiare valutazioni di ordine critico). Tra queste, a me pare che si possa convenire su quanto acclarato dalla migliore dottrina sul tema, ovvero che, a prescindere da dibattiti e ambivalenze terminologico-linguistiche, appare ormai generalmente accettata, da studiosi e da pratici, la c.d. funzione *dimostrativa* della prova, che sembra in grado di condurre ad un controllo razionale della verità delle allegazioni di parte, aventi ad oggetto l'affermazione dei fatti che occorre provare nel processo; è infatti un dato conquistato dalla moderna epistemologia il superamento della contrapposizione tradizionale tra verità "formale", propria del processo, e verità "reale"¹.

Altra nozione sulla quale vi è larga diffusione del consenso è quella che individua il *proprium* del concetto di "prova" nell'idoneità funzionale dello strumento probatorio a determinare, fondandola con piena autonomia e autosufficienza, la formazione del convincimento del giudice circa la verità o la falsità delle allegazioni enunciate dalle parti². La "prova", dunque, identificherebbe oggi non tanto il procedimento dimostrativo, quanto piuttosto il suo risultato finale, capace di rappresentare al giudice l'esistenza o l'inesistenza di quei fatti che le parti asseriscono o negano³.

Poste queste premesse di ordine generale, sulle quali si presuppone di concordare, occorre dare atto di come esse, nello svolgimento del ragionamento, debbano poi essere contornate, in virtù delle particolarità dei diversi riti, da corollari distinti a seconda della sede di volta in volta considerata. Vorrei portare due osservazioni, che coinvolgono processo civile, processo penale e processo tributario, per meglio chiarire l'affermazione appena proposta.

Qualche tempo addietro le Sezioni Unite della Cassazione ebbero a sancire l'inutilizzabilità di documenti provenienti da un processo penale in un giudizio civile in mancanza di specifica istanza della

¹ V. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., spec. pp. 7-9.

² Come efficacemente scrive A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 27 ss., spec. p. 29, il punto di partenza per l'indagine sulla "prova" è l'adesione ad una precisa ricostruzione della funzione probatoria, cioè che la prova all'interno del processo abbia la funzione di dimostrare, su basi razionali, la veridicità delle allegazioni fattuali.

³ In questo senso, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., spec. pp. 11-14.

parte in atti, derivandone, altrimenti, l'impossibilità per la controparte di controdedurre ed essendo al giudice impedita la valutazione delle risultanze probatorie e dei documenti in questione ai fini della decisione⁴. Com'è stato efficacemente notato, il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto alla prova possono essere tutelati più efficacemente «per cavare che per mettere»⁵, quindi escludendo dal processo le informazioni che vi siano entrate con modalità concretamente lesive di quei principi (nella fattispecie, producendo nel processo civile documenti penali senza farne espressa menzione negli atti di parte in modo specifico sul punto controverso). La riapertura del contraddittorio sul fatto emergente dai documenti in questione, con la riapertura dell'istruzione e il conseguente allungamento dei tempi del processo, equivarrebbe a consentire alle parti di prolungare l'apporto delle informazioni utilizzabili per il giudizio di fatto al di là dei limiti temporali e funzionali fissati dalle regole del processo, sul presupposto che la “ricerca della verità” giustifichi, in definitiva, qualunque sacrificio di queste regole⁶. Nel processo civile ciò non è ammissibile e, quindi, la parte che intenda avvalersi di determinati documenti deve produrli entro i termini perentori previsti, facendovi espressamente riferimento nei propri atti o memorie difensive pena, in mancanza, l'inutilizzabilità del documento medesimo. In altri termini, vale con riguardo ai documenti ciò che vale per ogni altro mezzo di prova, ovvero che il procedimento di ammissione, acquisizione e valutazione sia conforme alle regole previste dalla legge⁷.

Il tema ne suggerisce un altro, affascinante quanto risalente e insidioso, ovvero quello della natura, comune o differente, delle prove

⁴ V. Cass., sez. un., sent. 1° febbraio 2008, n. 2435, con nota di B. CAVALLONE, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 188 ss.

⁵ Così B. CAVALLONE, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, cit., p. 199, rinverdendo l'espressione utilizzata da Michelangelo per la scultura.

⁶ V. *ibidem*.

⁷ V. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., p. 29.

nel processo civile e nel processo penale. Premesso che si condivide quanto affermato dalla migliore dottrina, ovvero che una soluzione sistematica di questi temi sia destinata a rimanere una mera esercitazione accademica, contando piuttosto la scelta compiuta dal singolo giudice nella concreta situazione di cui è chiamato ad occuparsi⁸, pare opportuno dare conto dell'autorevolissima dottrina che si è occupata del tema accennato, raggiungendo conclusioni in parte divergenti.

È noto come la tradizione abbia ora posto la distinzione, in materia di norme sulle prove, tra norme sostanziali, cioè che si riferiscono a situazioni giuridiche soggettive idonee a formare oggetto autonomo di un autonomo processo di accertamento, e norme processuali, che cioè governano situazioni rilevanti nel corso del processo⁹. Ed ora abbia impostato sul fine delle norme la distinzione fra natura sostanziale e natura processuale delle regole probatorie, negando natura processuale alle norme dettate non da ragioni processuali, ossia dal fine immediato della miglior formazione del convincimento del giudice, ma dalla tutela dei singoli rapporti sostanziali¹⁰.

La migliore dottrina ha sottolineato come le norme sulle prove siano, al contempo, quanto alla struttura, norme di *valutazione* giuridica, o statica o sostanziale, e norme sulla *produzione* giuridica, o dinamica o strumentale¹¹, e ha spostato il punto di osservazione e

⁸ Così V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulla prova nel processo civile*, in *Atti del VIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Pavia, 23-26 maggio 1968, Milano, 1971, XXIX, p. 159 ss., spec. pp. 159 e 188, ove l'a. afferma l'inutilità dell'inseguire i concetti astratti di "norma processuale" e "norma sostanziale" quando nessuno se ne serve allorché deve operare scelte nelle concrete situazioni in cui esse devono essere compiute, ciò che peraltro non è di alcuno scandalo, che invece vi sarebbe nel caso opposto in cui i giudici opponessero alle esigenze di giustizia del caso concreto la rigidità della formula astratta intorno alla struttura e alla funzione delle norme.

⁹ Sul punto v. E. ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1956, p. 152 ss., spec. p. 198.

¹⁰ V. G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, p. 243.

¹¹ Classificazione utilizzata da E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 263 ss., e ripresa da V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulla prova nel processo civile*, cit., pp. 183-184, ove l'a. porta ad esempio la norma sull'onere della prova, al contempo attribu-

quindi di riflessione, affermando che non sia possibile stabilire quale sia la natura delle prove se non si è certi di quali siano i confini tra diritto sostanziale e processo; le norme sulle prove, dunque, si troverebbero nella singolare situazione per cui, guardate dal punto di vista del giudice, sono norme sul contenuto della decisione, e quindi partecipano della natura delle norme materiali, mentre guardate dal punto di vista delle parti, sono norme strumentali, e quindi processuali¹². A questo punto, tuttavia, e qui ci si può raccordare al dubbio avanzato poc' anzi, ovvero se processo civile e processo penale consentano analoghi ragionamenti oppure no, la dottrina ora in campo ritiene che sia necessario distinguere tra i due riti: nel processo penale, infatti, non sarebbe possibile dissociare il diritto dal processo, dovendo ogni realtà giuridica risolversi in un accertamento giudiziale, donde l'unico angolo visuale è quello del giudice, pertanto la norma sulla prova è norma materiale; nel processo civile, invece, i due angoli visuali potrebbero combinarsi¹³. La circostanza che nel processo civile la grande maggioranza dei poteri sia basata sulla figura dell'onere non sarebbe un punto di discrimine tra “pubblico” e “privato”, almeno ad avviso di quella dottrina che ritiene l'onere suscettibile di essere orientato anche alla realizzazione di interessi pubblici, come è appunto nel processo, il quale ha carattere pubblicistico ed è orientato a realizzare il fine pubblico dell'amministrazione della giustizia¹⁴.

Posto che il tema ha affaticato essenzialmente i processualcivili, perché ad avviso della migliore dottrina i processualpenalisti non avrebbero mai avuto dubbi nel considerare le norme sulle prove penali come norme processuali¹⁵, possiamo trovare pace nella di-

tiva di poteri processuali (e quindi strumentale) e regola di giudizio per la decisione (e quindi sostanziale).

¹² Così G. VERDE, *Intervento*, in *Atti del VIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, cit., p. 196 ss., spec. pp. 197-198.

¹³ V. *ibidem*, p. 199.

¹⁴ In questo senso M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425 ss., spec. pp. 428-429. Più in generale sul tema v. lo studio di G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970.

¹⁵ Così G. CONSO, *La natura giuridica delle norme sulle prove*, cit., spec. p. 141.

scussione riflettendo al fatto che qualificare una norma probatoria come processuale o come sostanziale non influisce né sull'esercizio dei poteri connessi con la sua applicazione né sul controllo che in ordine a tale applicazione viene effettuato nelle fasi di impugnazione¹⁶.

La seconda osservazione sopra anticipata riguarda, poi, il rapporto fra processo penale e processo tributario. Le presunzioni previste in quest'ultimo, e a cui si è fatto cenno sopra nel capitolo relativo, non sarebbero del tutto compatibili con i principi generali del diritto penale delle prove: tale incompatibilità, unitamente al principio di autonomia vigente tra i due riti in questione, lavorerebbero dunque nel senso di escludere l'operatività, nel processo penale, di tali presunzioni¹⁷.

A corollario di quanto sin qui ricordato in via di introduzione al tema, vorrei indicare solo alcuni spunti che verranno approfonditi nelle pagine che seguono. Un primo si muove nel senso di sottolineare, e meglio lo si vedrà *infra*, come i termini che normalmente utilizziamo per affrontare il campo relativo al diritto delle prove non abbiano nel tempo una corrispondenza costante a determinate nozioni bensì possano mutare, in modo ora più ed ora meno significativo, che è ciò che si intendeva preconizzare in intitolazione di paragrafo accennando ad una "diacronia" delle nozioni. Un secondo spunto è invece relativo alla discussione intorno alla natura delle norme sulle prove, se siano norme sostanziali o processuali. Posto che, come sottolineato da parte della dottrina già richiamata, il problema non ha un'immediata incidenza dal punto di vista pratico, a me pare tuttavia che, volendo affrontare il pur interessante tema dal punto di vista teorico, si possa porre una distinzione. Da una parte, infatti, vi sono norme sulle prove che hanno carattere esclusivamente processuale, per non dire procedimentale; si pensi, per esempio, alle norme sparse nei codici di rito o nelle leggi speciali e che dispongono modi, tempi e termini per l'esperimento concreto della prova. Dall'altra vi sono poi norme sulle prove in cui, invece, prevale in modo netto la componente sostanziale: mi sembra il caso, per esempio, di nor-

¹⁶ V. V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulla prova nel processo civile*, cit., p. 180.

¹⁷ In questo senso, E. CATALANO, voce *Prova (canoni di valutazione della)*, cit., p. 12.

me come quella sull'onere della prova o che dispongono in materia di limiti di ammissibilità della prova; in entrambi i casi, infatti, esse dispongono in materia di prova con riguardo ai fatti oggetto del processo, nell'un caso, quello dell'onere della prova, per dire quale parte deve provare quali fatti, nell'altro, quelle sui limiti di ammissibilità, per stabilire quale tipo di prova possa o meno essere utilizzato per provare un certo tipo di fatto storico. Infine, ed è questo l'ultimo spunto, con riferimento alla disputa sopra accennata in ordine alle posizioni giuridiche soggettive e alla loro natura, a me pare che la relativa utilizzazione (come “onere”, come “potere”, come “funzione”, *et coetera*) sia scelta di volta in volta dal legislatore avendo riguardo alla figura di colui che è il titolare della posizione in esame. Cerco di spiegarmi meglio con un esempio: è vero che la norma sull'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. è canone e regola di giudizio per il giudice, il quale dovrà dichiarare soccombente l'attore e quindi rigettarne la domanda ove non abbia fornito la prova dei fatti costitutivi del diritto affermato, ma la rubrica si esprime in termini di “onere” perché il titolare della posizione giuridica soggettiva di cui nella norma si parla non è il giudice (in capo al quale sono assenti “oneri” in senso proprio nello svolgimento del processo), bensì la parte. Analogamente mi pare che si possa ragionare in ordine a tutte le altre norme nelle quali si faccia questione di una posizione giuridica soggettiva, ora di carattere sostanziale e ora di carattere processuale.

2. La nozione di “prova atipica”

Uno dei temi intorno ai quali residua ancora notevole incertezza, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, nonostante autorevoli studi se ne siano occupati approfonditamente, è quello della prova atipica. Nozione che, ai fini del presente lavoro, interessa in quanto, fra le varie teorie proposte, alcuni hanno ricondotto la prova *aliunde*, cioè formata in altro processo, nell'alveo della nozione, appunto, di “prova atipica”.

La giurisprudenza, nel corso del tempo, ha variamente definito il concetto di prova atipica, assimilandolo ora alle presunzioni

semplici¹⁸, ora agli argomenti di prova¹⁹ e ora alle prove liberamente valutabili²⁰. La migliore dottrina, dal canto suo, ha ora ritenuto l'ammissibilità della prova atipica sulla base della non completezza e della non tassatività del catalogo legale delle prove²¹; ora messo in dubbio, invece, la generale ammissibilità delle prove atipiche sulla base dell'art. 111, comma 1°, Cost., per cui il giusto processo deve essere "regolato dalla legge", e considerando altresì che, almeno nel processo civile, quando il legislatore ha voluto improntare la valutazione del giudice a mezzi di prova diversi da quelli tipizzati nel codice civile lo ha espressamente stabilito, come ha fatto, per esempio, negli artt. 669-*sexies* e 738 c.p.c.²²; ed ora ritenuto che, dopo l'espressa introduzione dell'art. 189 c.p.p., che consente l'utilizzazione delle prove innominate nel processo penale, sia incontestabile l'ingresso della prova atipica nel nostro diritto vigente²³.

Ciò che qui interessa è porre una conclusione su un aspetto che a me pare fermo, ovvero che la prova *aliunde* non sia riconducibile in qualità di *species* nel più ampio *genus* della prova atipica.

Innanzitutto, non lo sarebbe considerando quello che, per lo più, è stato ritenuto come elemento di riferimento dell'utilizzabilità della prova atipica, ovvero l'elemento indiziario-presuntivo. Questa valutazione, infatti, presuppone di capire in che cosa consti l'indizio e in che rapporto esso stia con la presunzione, e ciò evidenzerebbe immediatamente la fragilità dell'assunto di base²⁴, essendovi in dottrina chi

¹⁸ V. Cass., sez. un., sent. 23 giugno 2010, n. 15169, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 968 ss., con nota di G. FINOCCHIARO; Cass., sent. 6 dicembre 2011, n. 26216.

¹⁹ V. Cass., sent. 16 febbraio 2010, n. 3672, in *Giur. it.*, 2010, I, p. 2533 ss.

²⁰ V. la giurisprudenza citata da P. RUSSO, in *Giur. it.*, 2012, p. 1867 ss., spec. p. 1870, nota 10, commentando Trib. Piacenza, sent. 28 aprile 2011, che, mescolando gli orientamenti sopra ricordati, assegna alle prove atipiche il valore tradizionalmente riconosciuto «alle presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c. o agli argomenti di prova».

²¹ V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 382.

²² V. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., spec. pp. 51-53.

²³ V. G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 409 ss., spec. p. 410.

²⁴ In questo senso, M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. p. 71.

considera i due termini sinonimi²⁵, chi l'uno come elemento statico e l'altro come l'elemento dinamico di inferenza tra i due fatti, quello noto e quello ignoto²⁶, chi riafferma la diversità dei due concetti²⁷, ciò che porta a concludere che il riferimento alla teoria delle prove atipiche non aiuta a far luce sul problema della prova *aliunde*²⁸.

Secondariamente, tale operazione non sarebbe possibile considerando un altro aspetto, evidenziato dalla migliore dottrina, la quale ha sottolineato come la prova raccolta in un altro processo non abbia nulla di atipico, essendo invece una figura espressamente prevista dalla legge fra le più tipiche delle prove, e avendo soltanto la caratteristica di essere stata raccolta in un giudizio diverso da quello in cui viene a essere valutata, onde il problema che si pone non è tanto quello del loro impiego nell'ordinamento, che andrebbe ammesso senza riserve, quanto quello di coglierne la reale efficacia²⁹. Problema, quest'ultimo, che si pone anche con riguardo ad altra nozione, se non altrettanto comunque anch'essa variamente discussa, che è quella prossimamente considerata.

3. La nozione di “argomento di prova”

Il legislatore pare porgere una mano all'interprete e all'applicatore del diritto quando, dettando alcune norme, come accade per esempio nell'art. 310, comma 3°, c.p.c., o all'art. 59, comma 5°, l. n. 59 del 2009, o ancora all'art. 11, comma 6°, c.p.a., compie un rinvio, nel primo caso all'art. 116, comma 2°, c.p.c., e negli altri due

²⁵ V. V. ANDRIOLI, voce *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, 1966, XIII, p. 771.

²⁶ V. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 180 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 480 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 451 ss.

²⁷ V. F. GIANNITI, *I rapporti tra processo civile e processo penale*, Milano, 1988, p. 133.

²⁸ Così M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 75.

²⁹ V. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 373, per il quale l'efficacia sarebbe quella descritta dall'art. 310, comma 3°, c.p.c. In questo senso anche G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., p. 229, al cui avviso l'inquadramento tra le prove atipiche delle prove tipiche raccolte in una sede diversa da quella in cui devono essere valutate è “sviante”.

direttamente, invece, alla nozione di argomenti di prova. E tuttavia, non appena si vada a tentare di ricostruire il concetto, al fine di comprendere, concretamente, che efficacia possa avere la prova raccolta nel processo estinto o traslato, ci si avvede di come il rinvio forse ponga più problemi di quanti non ne risolva, perché la nozione di “argomento di prova” non pare così pacifica³⁰.

Cercando di ricostruire qui sinteticamente un quadro generale del dibattito, necessario al fine di alcune conclusioni che ritengo di trarre, è necessario ricordare le principali posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema³¹.

Ad avviso di una parte della dottrina, gli argomenti di prova sarebbero un *quid minus* rispetto alle prove, come tali inidonei a fondare da soli la decisione del giudice³². In particolare, gli argomenti di prova si differenzerebbero dalle prove perché sarebbero tutti accomunati dalla caratteristica di consistere in comportamenti, commissivi o omissivi, non preordinati alla formazione del convincimento del giudice³³.

Per altri, gli argomenti di prova sarebbero assimilabili alle presunzioni, pertanto in grado di fondare la decisione del giudice. In comune con le presunzioni, infatti, avrebbero la struttura di tipo inferenziale che dal fatto noto conduce alla dimostrazione del fatto ignoto, ma al contempo se ne differenzerebbero perché negli argomenti di prova il fatto noto è dato da un accadimento processuale, che in quanto tale non ha bisogno di prova, mentre il fatto noto che è alla base della presunzione si riferisce ad una realtà che è stata in-

³⁰ Non usa mezzi termini S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 840, ove afferma che quella ora in discorso «è una tra le più ambigue e tormentate nozioni della disciplina delle prove nel diritto processuale civile italiano»; nello stesso senso anche M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 454, ove l'a. afferma che «poche nozioni appaiono così vaghe ed equivoche come quella di argomento di prova».

³¹ Per una ricostruzione completa v. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. pp. 114 ss., 127 ss.

³² In questo senso, G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., spec. p. 345, ove l'a. afferma la minore *vis probatoria* degli argomenti di prova rispetto alle prove; A. SALETTI, voce *Estinzione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, XIII, 1994, agg., p. 15.

³³ V. S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 845.

trodotta nel processo secondo le regole dell'allegazione ed è già stata oggetto di prova³⁴.

In giurisprudenza manca un orientamento prevalente in ordine all'efficacia da attribuire agli argomenti di prova ai fini della ricostruzione della questione di fatto; e inoltre sono ravvisabili diverse contraddizioni ove si passi a considerare le applicazioni pratiche dei singoli elementi rientranti nella categoria³⁵, fino ad arrivare a ritenere che, ove non contrastati da altri dati, anche elementi qualificabili come argomenti di prova possano presentarsi di portata significativa tale da consentire di assumerli a fonte di prova autonoma e autosufficiente³⁶. In ordine alla tendenza ora ricordata, autorevole dottrina ha dimostrato come l'assimilazione dell'argomento di prova alla prova, ai fini della valutazione da parte del giudice e quindi dell'idoneità a fondare *ex se* la decisione, derivi da un uso distorto dei criteri di valutazione dei risultati probatori fissati dal legislatore. Il ragionamento che opera è infatti questo: un comportamento della parte o del difensore (fatto noto) fa presumere che la parte non abbia buone ragioni da spendere contro le allegazioni avversarie (prima presunzione); se non ha buone ragioni da spendere contro l'avversario, allora probabilmente sono vere le allegazioni di quest'ultimo (seconda presunzione); pertanto, la decisione del giudice viene a fondarsi non sul procedimento inferenziale che, nella valutazione dei risultati probatori, induce il giudice a ritenere probabili le allegazioni fattuali sulla base di una massima di esperienza, quanto su un giudizio di verosimiglianza delle allegazioni fattuali fondato sulla massima di esperienza per cui, se la parte si comporta nel processo (o fuori) in un certo modo, è verosimile che le allegazioni (o alcune di esse) della controparte siano fondate³⁷.

³⁴ V. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 461 ss.; G. RUFFINI, “Argomento di prova” e “fondamento della decisione” del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1329 ss.

³⁵ V. M. SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, cit., p. 1161.

³⁶ Ad avviso di G. GIOVANNINI, R. CAPONIGRO, *Commento agli artt. 9-11*, in AA.VV., *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, cit., p. 119 ss., spec. p. 162, tale orientamento sarebbe rinvenibile sia nella giurisprudenza civile che in quella amministrativa.

³⁷ Così A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., spec. pp. 57-60.

La correttezza di questo ragionamento, e dunque il riconoscimento all'argomento di prova di un valore e di un'efficacia che non possono essere identici a quelli della prova *stricto sensu* intesa, e quindi in un'ultima analisi l'affermazione dell'inidoneità degli argomenti di prova a fondare la decisione, poggiano anche su altri due ordini di considerazioni. Innanzitutto, la diversa lettera dell'art. 116, comma 1°, c.p.c., che parla di "prove", e del comma 2° della medesima norma, che parla di "argomenti di prova": la componente linguistica depone nel senso che, fra le due entità, deve esservi una differenza, e nella specie una differenza nel senso di far ritenere l'"argomento" qualcosa di *levior* nella formazione del convincimento del giudice³⁸. In secondo luogo, analizzando gli elementi da cui la legge consente di desumere argomenti di prova, è stato sottolineato come essi consistano principalmente in "comportamenti" delle parti; mentre le prove propriamente dette non consistono in comportamenti³⁹.

Dal che verrebbe spontaneo concludere nel senso che il legislatore, quando ha dettato le norme di cui agli artt. 310, comma 3°, c.p.c., 59, l. n. 69 del 2009, 11, comma 6°, c.p.a., ha commesso una (certamente inconsapevole) imprecisione: la prova raccolta nel giudizio estinto o traslato, infatti, tante cose può essere ma certo non è, in senso stretto, un "comportamento" della parte nel senso in cui, invece, lo sono gli argomenti di prova; quindi, accostare le prove raccolte in un giudizio poi arrestatosi a comportamenti delle parti è, quantomeno, improprio. Il legislatore, probabilmente, aveva l'intenzione di dirci, con riferimento a quelle prove, che avevano un valore non pieno, concetto che invece avrebbe potuto esprimere scrivendo, ad esempio, che le prove raccolte nel processo estinto o traslato «conservano il valore per esse previsto nel giudizio in cui furono assunte», oppure «valgono come prove anche nel successivo giudizio», e altre formulazioni che ancora si possano immaginare. Desiderando invece attribuire alla prova raccolta in un processo poi proseguito nella medesima sede ove era iniziato un valore diverso,

³⁸ In questo senso già V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., I, p. 338.

³⁹ Su questo punto v. per tutti M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. pp. 121 ss., 126, e la bibliografia citata in nota.

evidentemente *levior*, ha adottato la via breve del richiamo alla nozione dell’argomento di prova che, se da una parte ha consentito una soluzione apparentemente comoda, dall’altra ha in realtà aperto la discussione della quale ancora qui ci occupiamo⁴⁰.

In via di anticipazione delle conclusioni che trarrò più ampiamente al termine di questo lavoro, a me pare che si possa dire sin d’ora (e che in parte se ne intuiscono anche le ragioni, che verranno di seguito approfondite) che alla prova raccolta in un giudizio poi non proseguito per estinzione o per *translatio* debba riconoscersi un valore diverso da quello attribuito all’argomento di prova inteso per ciò che esso propriamente è e può essere, ovvero un elemento di valutazione che, insieme ad altri, concorre alla libera valutazione del giudice nel cammino verso la decisione che, da solo, tuttavia non può fondare. Si intuisce già, pertanto, che ritengo *de iure condendo* che le norme succitate potrebbero ben essere modificate, in presenza delle condizioni che saranno chiarite più avanti.

4. La “prova legale”

Altra nozione meritevole di riflessione, in quanto anch’essa rileva per il tema qui indagato, è quella di “prova legale”. Gli studi più recenti, infatti, non hanno esitato ad affermare come essa andrebbe rivista⁴¹, anche alla luce del panorama comparatistico, nel quale pare acquisito un netto sfavore per il metodo delle prove legali⁴².

Quando si pensa alla trasmigrazione in un giudizio della prova

⁴⁰ Pare essere analogo il pensiero di M. SCALAMOGNA, *L’efficacia probatoria degli argomenti di prova*, cit., p. 1179, ove l’a. afferma che la *ratio* dell’assimilazione delle prove raccolte nel processo estinto agli argomenti di prova è quella di voler escludere che il giudice possa fondare sulle prime la decisione, essendo per il resto innegabile che manchi un punto di collegamento tra le prove del processo estinto e tutti gli altri elementi facenti parte della categoria “argomenti di prova”, non avendo le prime quella inidoneità strutturale a fondare la decisione che invece è propria dei secondi.

⁴¹ V. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 165 ss., spec. p. 180.

⁴² Sul punto v. per tutti L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 188, ove l’a. definisce “vetusto” il metodo in questione.

legale formatasi in un altro processo, si pone evidentemente il problema se quella prova conservi nel diverso processo il medesimo valore, e quindi vincoli il giudice al proprio risultato probatorio⁴³, ovvero sia una prova valutabile secondo canoni diversi da quelli della legalità, essenzialmente in modo libero da parte del giudice⁴⁴, ma anche come semplice argomento di prova, e dunque con valore ausiliario rispetto ad altre prove⁴⁵. Ciascuna di queste correnti di pensiero, come si è visto, annovera tra le proprie fila autorevolissimi maestri.

La dottrina più recente, tuttavia, pone bene in evidenza come, quando fuoriescono dal processo in cui sono state formate, le prove legali siano destinate a perdere quella connotazione di intangibilità che le accompagna nel processo *a quo*⁴⁶. E riflettendo non solo ai rapporti fra distinti processi civili ma allargando l'indagine ad altri riti, si vede come, ad esempio, il concetto di "prova legale" sia completamente sconosciuto al processo penale, nel quale ogni prova, tanto formata internamente a quel processo quanto *aliunde*, è oggetto di libera valutazione da parte del giudice⁴⁷. A mio avviso, ed il tema sarà ripreso in sede di conclusioni, queste premesse consentono di abbozzare alcuni corollari.

Intanto, credo che non si possa dubitare dell'opportunità di abbandonare il metodo delle prove legali, quantomeno di quelle costituende (diverso è per l'efficacia di prove legali, a determinate condizioni, di taluni elementi dei documenti, quindi di prove che preesistono al processo): esse non rispondono, infatti, ad una moderna visione del processo, mettono in ombra la figura e l'attività valutativa

⁴³ A cominciare da S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., II, p. 450, al cui avviso ogni prova viene ricevuta nel nuovo processo con il suo proprio valore, pertanto confessione e giuramento faranno piena prova e non saranno suscettibili di integrazioni probatorie; per S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 839, questo varrebbe certamente per le prove legali costituende, la cui efficacia trascenderebbe il processo in cui furono raccolte.

⁴⁴ V. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., II, p. 210.

⁴⁵ V. G.A. MICHELI, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, p. 26; A. SALETTI, voce *Estinzione del processo*, cit., p. 15.

⁴⁶ V. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., pp. 189-191.

⁴⁷ V. D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., p. 1393.

del giudice a vantaggio delle parti e, soprattutto, affidano alla libera coscienza della parte l'esito del processo; in un periodo in cui è lecito dubitare dell'altrui parola, visto l'indebolimento dei profili etici che ci circonda, è preferibile, almeno a mio avviso, affidare l'esito del processo alla verifica delle allegazioni compiute dalle parti attraverso mezzi di prova indipendenti dal comportamento di queste ultime. Certo, si potrà obiettare che la prova legale è idonea a condizionare l'esito del processo soltanto quando questo ha ad oggetto diritti disponibili delle parti, e quindi che sia doveroso lasciare queste ultime libere di fare delle proprie cose ciò che desiderano; a questa legittima obiezione, si potrebbe tuttavia replicare che le parti possono disporre ciò che vogliono attraverso altri istituti, e non approfittando della pubblica sede della giurisdizione, che dobbiamo aspirare miri sempre alla pronuncia di sentenze “giuste”, e non di sentenze il cui *dictum* è condizionato dai comportamenti delle parti, che appunto possono essere corrispondenti ad un dato di verità quanto non esserlo. Questo, naturalmente, sempre che si creda, come a mio avviso si deve, che in un sistema ispirato alle regole democratiche quale è quello costituzionale italiano, la ricerca della verità nel processo sia un valore primario, che dunque deve impregnare di sé le regole del procedimento probatorio⁴⁸.

Secondariamente, a me pare che, quando si rifletta in ordine alla traslazione della prova, si possa ipotizzare un punto in via di conclusione. *A priori*, pare opportuno e anche legittimo, per le ragioni che meglio si spiegheranno oltre, consentire la traslazione di attività processuale probatoria da un giudizio ad un altro, qualsivoglia natura essa abbia. Tuttavia, il valore e l'efficacia della prova *aliunde*, nel processo *ad quem*, sono e possono essere soltanto quelli propri e consentiti dalle regole del giudizio *ad quem*, e non quelle del processo *a quo*. Per spiegarsi con un esempio: la confessione giudiziale resa nel processo civile può benissimo essere trasferita nel processo penale, il giudice del quale la valuterà secondo le regole proprie del processo penale, dunque sempre e soltanto, al più, come prova liberamente valutabile.

⁴⁸ Così L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., p. 109.

5. *La regina dei mezzi di prova*

Naturalmente, si fa riferimento con questo altisonante epiteto alla prova testimoniale; regina dei sistemi processuali perché utilizzata, ad oggi, in quasi tutti i riti qui considerati. A onor del vero, l'art. 7, comma 4°, d.lgs. n. 546 del 1992, stabilisce che nel processo tributario non siano ammessi «il giuramento e la prova testimoniale»; ma già si è fatto cenno a come la Suprema Corte, volendo utilizzare dichiarazioni rese da terzi nella fase del procedimento amministrativo, per non trovarsi imbrigliata nel divieto posto dalla norma ricordata, abbia affermato che dette dichiarazioni «non hanno natura di testimonianza, bensì di mere informazioni [...] che non si pongono in contrasto con l'art. 7»⁴⁹. Del resto, e pur nel rispetto dovuto alla formulazione della norma ora richiamata (che presumibilmente non rimarrà così formulata *in saecula*, specie dopo che anche il processo amministrativo, che pur originariamente non la contemplava⁵⁰, ha aperto la porta al mezzo istruttorio in questione), si deve considerare che da una lettura attenta della giurisprudenza della Consulta è possibile derivare la codificazione del principio per cui le regole di esclusione dei mezzi di prova non sono compatibili con il principio del libero convincimento del giudice⁵¹. E ciò ancorché il divieto di prova testimoniale nel processo tributario sia correlato alla *regula iuris*, sancita in varie norme di diritto tributario sostanziale, per cui l'accertamento dei fatti rilevanti a fini fiscali deve sempre poggiare su un fondamento documentale⁵².

⁴⁹ V. Cass., sez. trib., sent. 7 febbraio 2013, cit., punto 3 della motivazione.

⁵⁰ Prima dell'introduzione del c.p.a., mentre la giurisprudenza amministrativa era ferma nell'escludere l'ammissibilità della prova testimoniale nella giurisdizione di legittimità, la dottrina invece già ne discuteva, e alcuni sostenevano l'esigenza di ammettere la prova testimoniale almeno nei casi in cui non fosse stato possibile provare altrimenti un determinato fatto, v. sul punto G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., p. 39.

⁵¹ In particolare commentando Corte cost. n. 248 del 1974 compie questa affermazione L. DITTRICH, *I limiti soggettivi alla prova testimoniale*, cit., p. 28.

⁵² V. D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., pp. 1391-1392, ove l'a. sottolinea come il rito penale e il rito tributario stiano agli antipodi: il primo, infatti, è ispirato ai principi dell'oralità, della concentrazione, dell'immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova, mentre il processo tributario è prettamente

Regina sì, dunque, ma discussa.

Come ha evidenziato l'autorevole dottrina che più ha approfondito il tema, a proposito della valutazione della testimonianza e quindi della sua efficacia, si sostiene attualmente l'inaffidabilità di tutta una serie di indici meta testuali o paraverbali (rossore, sudorazione, movimenti e mimica del viso, e altri ancora)⁵³, conseguendone che l'unico possibile ed effettivo controllo sulla veridicità e sulla credibilità della deposizione del teste si può effettuare, realisticamente, sul contenuto della sua deposizione, che dovrà essere coerente internamente ed esternamente; per “coerenza interna” intendendo la mancanza di contraddizioni nel corpo della medesima deposizione e, per “coerenza esterna”, verificando la compatibilità delle dichiarazioni rese con altri elementi di fatto acquisiti al processo⁵⁴.

La circostanza che la prova per testimoni sia strumento delicato, da valutarsi di volta in volta con attenzione, è stata messa in luce anche da parte della dottrina processualpenalistica, che ha notato come il legislatore del vigente c.p.p. abbia dettato una disciplina estremamente sintetica della prova testimoniale, ispirandosi ai sistemi di *common law*. Il giudice, perso il monopolio dell'istruzione, assiste all'assunzione della prova che viene lasciata all'iniziativa delle

“cartolare”; e la disciplina prevista in materia di prova testimoniale, prova regina nel processo penale e vietata nel processo tributario, sarebbe emblematica proprio di questa antinomia. La Consulta (v. Corte cost., n. 18 del 21 febbraio 2000) ha ribadito che «il processo tributario è ancora, specie sul piano istruttorio, in massima parte scritto e documentale» e, rispetto agli altri processi (civile, penale, amministrativo), è connotato da una spiccata specificità.

⁵³ In questo senso G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Bologna, 2003, spec. p. 163, ove l'a. afferma come, in base alla psicologia della testimonianza, sia estremamente arduo comprendere quando il testimone afferma il vero o quando dice il falso; ciò risulterebbe più semplice con persone rispetto alle quali si ha dimestichezza e abitudine, ciò che mai accade nel processo dove giudice e testimoni sono estranei. V. anche G. GULOTTA, *Compendio di psicologia giuridico-forense, criminale e investigativa*, Milano, 2011, spec. p. 210 ss.; P. EKMAN, *I volti della menzogna: gli indizi dell'inganno nei rapporti interpersonali*, Milano, 2011, p. 110 ss.; G. DE LEO, M. SCALI, L. CASO, *La testimonianza: problemi, metodi e strumenti nella valutazione dei testimoni*, Bologna, 2005, p. 52 ss. Il riferimento all'opera miliare di C. MUSATTI, *Elementi di psicologia della testimonianza*, Padova, 1929, cui qui rimando in via generale, è dato naturalmente per presupposto.

⁵⁴ V. L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., p. 111.

parti, attraverso la ricerca della verità per mezzo del contraddittorio⁵⁵. Nel sistema processuale delineato dall'art. 111 Cost., la prova testimoniale è la prova costituenda per eccellenza, in cui il contraddittorio è modello del metodo probatorio su cui si basa il c.p.p. e rappresenta il requisito tipico del processo accusatorio⁵⁶.

E tuttavia, poiché gli studi di psicologia della testimonianza paiono attestare che il ricordo difettoso non sia l'eccezione bensì la regola e che il teste riporti "una" versione dei fatti e non i fatti come oggettivamente verificatisi, fino a far sembrare azione, percezione e immaginazione molto più simili di quanto non si possa sospettare⁵⁷, trova ulteriore conferma il rilievo della dottrina sopra ricordata, ovvero che il solo strumento per verificare l'attendibilità della testimonianza sia l'applicazione di quei parametri di coerenza interna ed esterna che, in ipotesi, la possano rendere utilizzabile non solo nel processo in cui essa si forma, bensì anche in eventuali altri giudizi in cui essa avesse a trasmigrare.

Riguardo all'interessante questione, se la prova testimoniale raccolta in un giudizio possa essere trasferita in un altro processo, di diversa natura, a me pare che, coerentemente a quanto sostenuto sin qui, nulla osti a che la prova per testi assunta in un determinato processo nel rispetto delle regole procedurali per esso previste sia trasferita in un altro giudizio e possa essere valutata dal giudice di quest'ultimo secondo le regole proprie del processo *ad quem*. Questo mi parrebbe sempre possibile ad eccezione del caso in cui la prova testimoniale sia vietata nel giudizio di destinazione della prova (quindi, per esempio, la prova testimoniale assunta nel processo penale, ma vietata nel processo tributario, non può trasmigrare in quest'ultimo). Certamente, nelle ipotesi in cui la trasmigrazione si ritiene ammissibile perché quello strumento probatorio è contemplato sia dalla disciplina

⁵⁵ V. O. CAMPISI, *La "contaminazione" della prova dichiarativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 607 ss., spec. p. 607.

⁵⁶ Così A. CONFALONIERI, *La prova testimoniale nel sistema processuale "convenzionalmente" orientato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1240 ss., spec. p. 1240 s., ove l'a. afferma che il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ancorché suscettibile di deroghe in ipotesi di assoluta irripetibilità di atti assunti unilateralmente, non potrebbe venire stravolto senza che ne risultassero intaccati ruolo e immagine del processo.

⁵⁷ V. O. CAMPISI, *La "contaminazione" della prova dichiarativa*, cit., pp. 608-611.

del processo *a quo* che da quella del giudizio *ad quem*, un aiuto importante sul punto potrebbe essere fornito dall'efficacia delle norme sulla concreta assunzione della prova: l'introduzione di modalità di videoregistrazione e di verbalizzazione su supporto magnetico potrebbero rendere alla prova per testi quell'effettività e quell'immediatezza che questo mezzo di prova pare aver perso⁵⁸.

Una questione collegata è quella della trasmigrazione della sentenza resa in un giudizio, ed in ipotesi basata su un certo tipo di prova, in un altro processo, di diversa natura; ma su questa si tornerà quando sarà affrontato il tema dell'efficacia della sentenza *aliunde*.

6. *La consulenza tecnica*

Come è a tutti noto, uno dei problemi teorici che, dalla riforma del c.p.c. avvenuta nel 1940 ad oggi, affligge gli studiosi del processo civile, è la natura della consulenza tecnica. Il codice di rito del 1865, infatti, collocava la “perizia” senza incertezze fra i mezzi di prova, mentre il codice vigente la disciplina nella sezione III dedicata sì all'istruzione probatoria, ma in un paragrafo *ad hoc*, il primo (artt. 191-201 c.p.c.), dunque prima e al di fuori delle norme dedicate all'assunzione dei mezzi di prova in generale (artt. 202 ss. c.p.c.)⁵⁹. Il tema non è puramente teorico e ha indubbiamente rilievo anche ai nostri fini, cioè quelli dell'indagine relativa alla trasmigrazione della consulenza tecnica fra distinti processi: a seconda che la si ponga o meno, infatti, nella categoria dei mezzi di prova oppure no, le si potranno riferire le considerazioni di volta in volta operate con riguardo alla circolazione delle prove.

E tuttavia a me pare che il piano dell'analisi possa essere spostato. In altri termini, non rileva qui, almeno a mio avviso, la natura del-

⁵⁸ In questo senso L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., p. 117, ove l'a. parte da una denuncia del carattere obsoleto delle norme in materia di assunzione della prova per testi e dall'affermazione della necessità di una loro radicale revisione.

⁵⁹ V. per tutti V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 2011, pp. 203-205.

la consulenza tecnica. Come vedremo (e in parte abbiamo già visto), a trasmigrare fra processi è una composita congerie di materiale processuale: attività svolta in sede procedimentale e poi confluita in sede processuale (specie con riguardo al processo tributario), sentenze (su questo profilo occorre ancora soffermarsi), prove vere e proprie, e via di questo passo. Dunque, il problema della trasmigrazione di materiale processuale da una sede all'altra si pone non soltanto per i mezzi di prova, ciò che renderebbe necessario affrontare l'argomento ora in discorso solo una volta che si fosse dimostrata l'appartenenza della consulenza tecnica ai mezzi di prova, bensì con riguardo all'attività giudiziale *aliunde* compiuta e invocata in altre sedi a prescindere dalla natura di quell'attività (prova, sentenza, informazione, documento, *et coetera*). Per questa ragione, dunque, non mi soffermerò su un'analisi approfondita della natura della consulenza tecnica, ma procederò oltre, andando direttamente alle ragioni che giustificano, o meno, la trasmigrabilità della consulenza da un rito ad un altro.

Non compiere un'analisi approfondita del tema, tuttavia, non significa evitarlo. E mi pare che alcune osservazioni possano offrire elementi di valutazione degni di qualche nota.

Innanzitutto, non si vuole sottacere l'importanza del criterio topografico nell'interpretazione delle norme, ma neppure mi pare che sia possibile attribuire ad esso un valore eccessivo: in altri termini, che sia soltanto la collocazione dell'intitolazione di una sezione prima o dopo, ad un certo punto del codice o in un altro, a rendere giustificazione della natura di un istituto, non è argomento di pregio a livello scientifico se non supportato da altre argomentazioni di spessore. Nel codice e nelle leggi speciali, infatti, è dato ritrovare numerose norme che, a rigore, non rispecchiano la natura dell'istituto all'interno della cui disciplina sono collocate; si pensi, solo per fare un esempio recente, alla consulenza tecnica preventiva ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c., che tra l'altro ci consente di rimanere in tema: la dottrina assolutamente prevalente non dubita che essa non abbia natura cautelare in senso proprio, essendo priva fra l'altro del carattere dell'urgenza, eppure è stata inserita nel capo relativo ai procedimenti cautelari⁶⁰.

⁶⁰ V. per tutti F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2015, *sub art.* 696-*bis*.

Secondariamente, considerando i risultati delle ricerche della migliore dottrina sul tema, e ritenuto che per “consulenza tecnica” si faccia riferimento a quegli istituti, comunque denominati (giacché in altri riti, ad esempio, potrebbe mutare il *nomen* ma non la sostanza dell’istituto), il cui scopo sia l’acquisizione al processo di un sapere extragiuridico che incide sulla risoluzione di questioni di fatto e che abbia natura tecnica o scientifica *lato sensu*⁶¹, pare che si possa pressoché pacificamente affermare l’attitudine della consulenza tecnica ad operare quale mezzo di prova i cui risultati sono soggetti al libero apprezzamento del giudice⁶². Nel contesto attuale, infatti, parallelamente all’utilizzo di strumenti tecnici, cresce la fiducia nelle valutazioni specialistiche degli esperti e vi è una tendenza ad idealizzare le conoscenze scientifiche, che paiono idonee a rispondere al bisogno di certezza che ci circonda; ed è altresì un fatto che la giustizia civile sia, in una percentuale ormai elevatissima di casi, sinonimo di acquisizione, elaborazione e applicazione, nel contesto giuridico, di conoscenze esperte, e che dunque in questi giudizi la consulenza tecnica abbia natura e funzione di fonte oggettiva di prova, dunque di strumento, talvolta indispensabile, per la verifica dei fatti rilevanti⁶³.

Ciò premesso, pare possibile affermare l’idoneità della consulenza tecnica formatasi in un determinato giudizio a trasmigrare in un altro processo, all’interno del quale possa essere liberamente valutata da parte del giudice *ad quem*⁶⁴. Mi pare si possa invece dubitare in parte

⁶¹ Così L.P. COMOGLIO, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1145 ss., spec. p. 1145.

⁶² In questo senso, L.P. COMOGLIO, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, cit., p. 1150; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., pp. 203-205, ove l’a. sottolinea come nella prevalenza dei modelli continentali europei ed anglosassoni la consulenza risulti, anche a livello di disciplina classificatoria, pacificamente annoverata tra i mezzi di prova.

⁶³ V. V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., pp. 1-9, ove l’a. porta ad esempio come emblematici i casi della responsabilità medica, della circolazione stradale, della materia urbanistica ed edilizia, della proprietà industriale ed intellettuale, in cui la consulenza tecnica costituisce con frequenza l’unico strumento per accertare i fatti oggetto della controversia, fino a costituire un “processo nel processo”.

⁶⁴ V. L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., p. 117, per il rilievo secondo cui, di fronte ad un giudice non specializzato, la consulenza tecnica diviene una vera e propria prova legale; l’a., in questo modo, intende riferirsi

dell'autorevole opinione al cui avviso in un altro giudizio la consulenza tecnica potrà essere utilizzata solo se i quesiti formulati al consulente siano in linea con le esigenze istruttorie del nuovo giudizio e se essa sia stata espletata nel rispetto delle regole previste dal rito di approdo⁶⁵. Nel momento in cui la consulenza tecnica viene espletata, infatti, lo si fa avendo riguardo al rispetto delle norme di procedura proprie del rito in cui viene esperita e alla luce dei quesiti rilevanti nel giudizio *a quo*, neppure sapendo che, un domani, di quella consulenza potrebbe essere invocata la trasmigrazione altrove; impedire la quale per mancato rispetto delle regole del rito di approdo, di cui si ignorava la comparsa sulla scena, potrebbe comportare un *vulnus* alle esigenze del diritto alla prova della parte, oltre che un illegittimo ostacolo, in base al più generale principio, fra l'altro, del *tempus et locus regunt actum*; tanto più alla luce del fatto che la Consulta, come peraltro già ricordato, ha affermato l'inesistenza di un principio costituzionalmente rilevante di necessaria uniformità di regole processuali fra i diversi tipi di processo, sicché i diversi ordinamenti processuali ben possono differenziarsi sulla base di una scelta razionale del legislatore, derivante dal tipo di configurazione del processo e dalle posizioni giuridiche dedotte in giudizio⁶⁶. Sarà compito del giudice, nell'esercizio della sua libera valutazione di *peritus peritorum*, apprezzare o meno, in tutto o in parte, elementi emergenti dalla consulenza tecnica *aliunde* e, su questi, provocare il contraddittorio fra le parti nel processo *ad quem*.

7. Le informazioni

Materiale idoneo a rilevare a fini istruttori e sulla cui esportabilità in altre sedi processuali è opportuno interrogarsi sono le cc.dd. "informazioni".

al caso non infrequente in cui, a fronte di materia altamente tecnica e specialistica, il giudice si rimetta *toto corde* e senza una personale valutazione ed interpretazione dei dati a quanto ritenuto dal consulente.

⁶⁵ In questo senso, P. SANDULLI, *La translatio secondo la l. n. 69/2009 ed il codice del processo amministrativo*, cit., spec. p. 733.

⁶⁶ Ampiamente su questo tema, v. Corte cost., sent. n. 18 del 21 febbraio 2000, cit.

Le fonti normative a cui principalmente si fa riferimento sul punto sono costituite, rispettivamente, dall'art. 738, ultimo comma, c.p.c., e dal più recente art. 669-*sexies*, comma 2°, c.p.c. Seguendo il criterio già fatto proprio nelle pagine precedenti, partendo dai risultati acquisiti dalla dottrina che si è occupata del tema, vorrei qui tentare di estrapolare quegli elementi che possano essere di qualche utilità ai fini dell'indagine in corso.

Che cosa siano le informazioni, nessuno può dirlo con certezza⁶⁷. Per questa ragione, coglie nel segno la dottrina che ritiene che il giudice, sulla base dell'art. 738, ultimo comma, c.p.c., possa fare tutto ciò che ritenga sul piano delle indagini⁶⁸. Questo diverrebbe possibile anche perché, come sottolineato dalla migliore dottrina, l'atipicità delle informazioni camerali di cui all'art. 738, ultimo comma, c.p.c., andrebbe intesa in senso del tutto particolare: essa, infatti, non farebbe riferimento solo alla fonte di prova, ma anche al modo di ingresso della prova nel processo, particolare che non sarebbe riscontrabile in nessuna altra ipotesi di impiego delle prove atipiche. D'altra parte, la giurisprudenza ha interpretato il carattere atipico di tali informazioni in modo così ampio da rendere difficile ogni tentativo di differenziazione tra queste “informazioni” e quelle a cui la legge aggiunge l'attributo “sommarie”, come per esempio avviene nell'art. 669-*sexies*, comma 2°, c.p.c.⁶⁹.

Un punto pare tuttavia da sottolineare. Le informazioni di cui alla norma sul procedimento cautelare uniforme, a differenza di quelle del rito camerale, sono assunte in assenza di contradditto-

⁶⁷ Come ben nota S. RECCHIONI, *I procedimenti sommari e speciali. II. I procedimenti cautelari*, Torino, 2005, p. 474, infatti, il modello istruttorio delle informazioni viene più ad essere identificato in negativo rispetto agli schemi della cognizione piena che non attribuendo un contenuto positivo.

⁶⁸ Così G. VIGNERA, *Riserva di legge ex art. 111, comma 1°, Cost. e rito camerale uniforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 551 ss., spec. p. 561; e S. RECCHIONI, *I procedimenti sommari e speciali. II. I procedimenti cautelari*, cit., ove l'a. nota che, per fare qualche passo in più nel tentativo di una definizione, si possa muovere dalla «piena discrezionalità che caratterizza il potere del giudice di informarsi», discrezionalità che riguarderebbe l'*an* (cioè se procedere o meno ad assumere informazioni), il *quid* (su quali profili informarsi), il *quomodo* (attraverso quale procedimento ottenere le informazioni).

⁶⁹ V. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., spec. p. 443 ss.; Id., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 409 ss.

rio⁷⁰. Per questa ragione non possono assurgere, neppure quando di fatto ne sia stato ricalcato lo schema procedimentale (ad esempio, audizione di un testimone con verbalizzazione della deposizione), a dignità di vero e proprio atto di istruzione⁷¹. Tant'è che, mentre le informazioni camerali sono potenzialmente idonee ad esaurire l'indagine di fatto sulla controversia, le informazioni sommarie di cui all'art. 669-*sexies*, comma 2°, c.p.c., non lo sono, perché seguite da una successiva fase istruttoria⁷².

Pertanto si può ipotizzare che, mentre è da escludersi in modo pacifico l'idoneità alla circolazione di informazioni assunte in assenza di contraddittorio in una fase procedimentale che, *ex lege*, si svolge *inaudita altera parte*, aprioristicamente non si può escludere che l'atto istruttorio da cui il giudice abbia ricavato informazioni ai sensi dell'art. 738, ultimo comma, c.p.c., sia sempre e comunque inidoneo alla trasmigrazione in altri giudizi. Il problema è, piuttosto, quello del valore probatorio. Le informazioni provenienti *aliunde* potranno, a mio avviso, valere come strumenti di convincimento del giudice in correlazione con altre prove; che poi possano assumere un valore più pregnante, in assenza di altre conferme istruttorie, non può dirsi una volta per tutte, ma dipende dalle circostanze del caso di specie⁷³. Pensiamo, per esempio, all'ipotesi in cui un soggetto sia stato sentito, nel contraddittorio delle parti, in sede di rito camerale ai sensi dell'art. 738, ultimo comma, c.p.c., la deposizione sia stata verbalizzata, e successivamente di quel verbale si dia produzione in altro giudizio; *nulla quaestio* ove il soggetto possa essere sentito

⁷⁰ Elemento "risolutivo" anche ad avviso di S. RECCHIONI, *I procedimenti sommari e speciali. II. I procedimenti cautelari*, cit., p. 472, ove l'a. nota che ciò evidentemente impedisce di far rientrare nella categoria l'audizione delle parti.

⁷¹ Lo nota E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, 1996, p. 393 ss., spec. p. 403.

⁷² V. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., p. 444.

⁷³ Ad avviso di S. RECCHIONI, *I procedimenti sommari e speciali. II. I procedimenti cautelari*, cit., p. 475, invece, il carattere della sommarietà delle informazioni riguarda le modalità di acquisizione degli elementi a dimostrazione dei fatti, non la qualità della cognizione o l'efficacia del prodotto decisorio; anzi, non si può escludere, ad avviso dell'a., che proprio l'impiego di strumenti atipici di conoscenza dei fatti nonché la possibilità per il giudice di spaziare quanto all'ambito oggettivo delle informazioni, consentano di raggiungere un grado di accertamento della realtà maggiore di quello conseguibile nel processo ordinario a cognizione piena.

nuovamente e, così facendo, si elimini in radice il problema; ma *quid* nell'ipotesi in cui il testimone sia irreperibile o defunto e, dunque, l'atto non più ripetibile e tuttavia importante ai fini della decisione? Abbozzare una risposta al quesito posto richiede la trattazione di alcuni profili che seguiranno tra poco. Ciò tuttavia conforta sin d'ora nel senso per cui non sia possibile talvolta, ed aprioristicamente, una risposta valida *tout court* in ogni caso concretamente prospettabile.

Che il problema sia vivo, e che il valore probatorio della “informazione” non sia unitario, lo conferma un orientamento recente della Suprema Corte che, pronunciando in materia di processo tributario, ha affermato che «le dichiarazioni dei terzi raccolte dai verificatori [...] hanno natura di *mere informazioni* acquisite nell'ambito di indagini amministrative e sono, pertanto, *pienamente utilizzabili quali elementi di prova* anche a favore del contribuente»⁷⁴. Il corsivo aggiunto vorrebbe sottolineare quello che, agli occhi del processualista, potrebbe apparire quasi un ossimoro, nel senso che all'espressione “mera informazione” ci si sarebbe aspettati che seguisse, più probabilmente, l'affermazione di un'efficacia probatoria non piena ma semplicemente indiziario-presuntiva, bisognosa di essere arricchita da altri elementi istruttori di conforto nel senso emergente dalla mera informazione; mentre così, come si è letto dalla diretta espressione della Cassazione, non è.

Il rilievo ha comportato un passaggio dal rito civile a quello tributario, ma non poteva essere omesso, occupandoci qui della trasmigrazione di attività processuale fra giurisdizioni comunicanti ancorché diverse. Anche questo rilievo sarà ripreso in via di conclusione.

8. *Gli strumenti probatori acquisiti in altra fase del medesimo processo giurisdizionale: alcuni profili*

Allorché ci si interroghi sul se siano ricostruibili, nel nostro ordinamento processuale, principi generali in base ai quali trattare della interscambiabilità delle prove acquisite ed assunte nei rapporti fra proce-

⁷⁴ V. Cass., sez. trib., sent. 7 febbraio 2013, cit., spec. *sub* punto 3 della motivazione.

dimenti giurisdizionali diversi, occorre puntualizzare che il problema non si pone in modo identico ove si tratti della circolazione di prove da una fase, per lo più a cognizione sommaria, ad un'altra, tendenzialmente a cognizione piena, dello stesso procedimento giurisdizionale, oppure da un procedimento strumentale e provvisorio (ad esempio, cautelare) ad un altro procedimento di merito cui il primo sia collegato⁷⁵. E a questo proposito può essere interessante considerare più da vicino alcune fattispecie, proprie dei diversi riti sin qui considerati.

Il processo civile, anche da questo punto di vista, apre allo sguardo dell'osservatore un *mare magnum*. Operando per grandi settori, l'ambito principale per numero di ipotesi applicative è quello posto dal rapporto tra il processo cautelare e il collegato giudizio principale. Non è possibile ripercorrere qui, evidentemente, le mille sfumature e problematiche poste dall'istruttoria cautelare⁷⁶. È invece possibile e necessario fissare alcuni punti ai quali ancorarsi per tentare l'approdo ad una ricostruzione. La dottrina che più e meglio ha approfondito il tema negli anni recenti ha inquadrato l'istruttoria cautelare secondo alcune caratteristiche che le sarebbero proprie e che è bene qui ricordare. Innanzitutto, considerando i profili soggettivi ed in specie la figura del giudice cautelare, pare potersi affermare che quest'ultimo abbia il potere di sostituire le forme tipiche del catalogo impiegabile degli atti di istruzione con altre forme idonee al raggiungimento dello scopo e da questi scelte discrezionalmente; tale discrezionalità, peraltro, riguarderebbe non solo le forme degli atti istruttori, ma anche l'organizzazione del processo, l'*agere* cautelare in senso più ampio⁷⁷. Secondariamente, pur stante la diversità di opinioni ravvisabili sui punti di seguito accennati⁷⁸, è possibile por-

⁷⁵ Lo nota L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 210, ove l'a. afferma che in tali fattispecie l'acquisizione delle risultanze documentate dei mezzi di prova è oggetto dei normali poteri e oneri di produzione della parte interessata, pertanto tali risultanze sono sottoposte *de plano* al vaglio preventivo del contraddittorio pieno fra le parti, e quindi al prudente apprezzamento del giudice successivo, non diversamente da qualsiasi altro elemento di prova acquisibile *ex novo*.

⁷⁶ E per cui si rinvia a S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. ss.

⁷⁷ In questo senso, ID., *I procedimenti sommari e speciali. II. I procedimenti cautelari*, cit., spec. pp. 423-424 e 427.

⁷⁸ E per cui v. ampiamente *ibidem*, p. 462 ss.

re alcuni elementi su cui è difficile non concordare, ovvero: a) anche nel processo cautelare si svolge attività di conoscenza e di cognizione; b) oggetto di questa attività sono fatti; c) ancorché in termini di verosimiglianza o probabilità, la cognizione del giudice cautelare deve condurlo ad un grado “minimo” di convincimento ed approssimazione alla realtà materiale; d) anche nel processo cautelare l’attività istruttoria concerne metodi e modalità di verifica delle allegazioni delle parti; e) normalmente i fatti costitutivi rilevanti per il giudizio sommario lo sono anche per il processo dichiarativo, benché l’oggetto del processo cautelare sia più ricco, in quanto rileva in esso anche l’insieme dei fatti che integrano il *periculum in mora*⁷⁹.

Se quanto sin qui ricordato rende agevole tratteggiare una certa similitudine tra processo e istruzione cautelare da una parte e processo e istruzione del giudizio principale dall’altra, vi sono tuttavia alcuni marcatori che impediscono di spingere troppo oltre l’affinità: *in primis*, la già accennata discrezionalità nel *modus procedendi* del giudice cautelare; inoltre, la circostanza per cui, se è vero che, a livello di *fumus boni iuris*, il processo cautelare verte su diritti soggettivi, è altresì vero che da tale processo non uscirà una dichiarazione su un diritto soggettivo idonea ad aspirare al giudicato, elementi questi che, aggiunti alla valutazione del bilanciamento degli interessi delle parti tipica del ragionamento cautelare e alla possibilità che il provvedimento cautelare venga rovesciato in sede di giudizio principale, giustificano il potenziamento dei poteri istruttori d’ufficio del giudice cautelare⁸⁰.

Se si concorda su tutti i passaggi che precedono, se ne possono dedurre le seguenti considerazioni. Innanzitutto, il recupero della piena operatività del principio dell’onere della prova in capo alle parti nel giudizio principale, onere da soddisfare *ex novo*, dovendo cioè il singolo fatto essere provato nella sede del giudizio principale e non dato per provato sulla base degli atti di istruzione compiuti in sede di processo cautelare. Come si è visto, infatti, l’ampia deformalizzazione che la discrezionalità opportunamente riconosciuta al giudice cautelare può introdurre nel processo è ben diversa dalle for-

⁷⁹ V. *ibidem*, pp. 464-465.

⁸⁰ V. *ibidem*, pp. 465-470.

me tipizzate che scandiscono il processo ordinario, e che non possono essere aggirate introducendo *de plano* in quest'ultimo atti procedurali della previa sequenza cautelare. Ciò comporta, a mio avviso, la non automaticità della rilevanza degli strumenti probatori acquisiti in sede cautelare; quest'ultima, infatti, ancorché prodromica ed eventualmente strumentale alla sede principale, è retta da principi differenti e finalizzata all'emanazione di un provvedimento teso ad assicurare l'effettività della tutela principale più che non, in prima battuta, la statuizione sul diritto: conseguentemente, non tutto ciò che è utilizzabile ai fini del *dictum* cautelare può ritenersi ammissibile ai fini della pronuncia sul merito. Il materiale istruttorio che, nel rispetto delle forme dettate dal codice di rito per il giudizio principale, trasmigrasse in quest'ultimo, potrà certamente produrre un qualche effetto sulla formazione del convincimento del giudice, ma non, a mio avviso, essere valutato come una prova piena sulla quale formare il proprio convincimento⁸¹.

Diversamente può ragionarsi quando si vada a leggere la trasmigrabilità in senso inverso, ovvero a interrogarsi su un mezzo di prova che, assunto nel giudizio principale, si pretende di far valere nel processo cautelare instaurato successivamente e nelle more del primo per timore di vedere pregiudicato l'eventuale futuro riconoscimento delle proprie pretese (ipotesi forse di scuola se si pensa ai tempi dei due giudizi ma che consideriamo a fini teorici). In questo caso, le forme che hanno presidiato all'assunzione dello strumento probatorio nel giudizio principale non ostano al trasferimento di quello nella più deformalizzata sede cautelare, fermo il rispetto del principio del contraddittorio in ordine a ogni atto processuale, e quindi anche istruttorio, che venga compiuto.

⁸¹ V. anche per ulteriori considerazioni Id., *Diritto processuale cautelare*, cit., spec. p. 651 ss. L'a. sottolinea come, evidentemente, nel processo di merito possano allegarsi nuovamente tutti i fatti già esposti nel processo cautelare nonché ulteriori, così come sia totalmente impregiudicata la possibilità di avvalersi di mezzi di prova già acquisiti in sede cautelare come di richiederne di nuovi; pur non essendovi un obbligo, per il giudice del merito, di riacquisire d'ufficio il materiale istruttorio della sede cautelare, l'a. ritiene che non vi siano particolari ostacoli a che i risultati istruttori cautelari, debitamente riacquisiti nel processo di merito, siano valutati o ai fini del meccanismo deduttivo-presuntivo ai sensi dell'art. 2729 c.c., ovvero quali argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2°, c.p.c.

Problema del tutto diverso è quello posto, invece, dal tema della prova c.d. preventiva. Sul punto, vorrei partire acquisendo a questa indagine il risultato della ricerca della migliore dottrina sull'argomento, la quale ha concluso nel senso per cui, una volta che sia stata dichiarata ammissibile nel giudizio principale, la prova preventiva ha la stessa efficacia della prova normalmente raccolta nel corso del processo⁸². Ciò che non stupisce, essendo la prova preventiva un cautelare *sui generis*, strumentale all'istruzione probatoria del giudizio principale e non direttamente al diritto soggettivo oggetto della domanda giudiziale⁸³. Il punto è di qualche interesse laddove consente di affermare che, poiché la prova preventiva è assunta in un giudizio diverso da quello in cui verrà ipoteticamente a confluire, e poiché tale diversità riguarda (o può riguardare) il giudice, l'oggetto del giudizio, la natura del procedimento, allora tali elementi e tali diversità non sono idonee, *ex se*, non solo a inibire la trasmigrazione, ma neppure a vulnerare la forza probatoria dell'elemento istruttorio in discorso.

Collegato a questo profilo è un istituto introdotto recentemente dal legislatore, ovvero l'accertamento tecnico preventivo obbligatorio di cui all'art. 445-*bis* c.p.c.⁸⁴.

⁸² Così C. BESSO MARCHEIS, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, spec. p. 293, ove l'a. definisce pacifico l'orientamento evidenziato. Per la ricostruzione di una teoria unitaria in materia di assicurazione della prova, v., per tutti, A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, cui rinvio qui in generale (v. spec. pp. 26-27 per l'interessante osservazione secondo cui a livello comparatistico gli ordinamenti stranieri affidano sempre più spesso l'anticipazione della prova a strumenti positivi di struttura e funzione non cautelare, le forme di anticipazione e conservazione della prova non appartenendo all'ambito della tutela cautelare bensì a quello della cognizione ordinaria, quali particolari modalità di svolgimento ed amministrazione della fase istruttorio).

⁸³ Sul punto pacifico in dottrina v. *ex multis* L. QUERZOLA, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. Carpi, M. Taruffo, cit., sub art. 692 ss.

⁸⁴ Introdotto dall'art. 38, comma 1°, lett. b), n. 1), d.l. n. 98 del 6 luglio 2011, convertito in l. n. 111 del 15 luglio 2011. Com'è noto, alle parti che intendono proporre una domanda per il riconoscimento dei propri diritti nelle materie specificate dal comma 1°, viene fatto obbligo di instaurare preventivamente un accertamento tecnico preventivo, introducendo così una condizione di procedibilità del giudizio di merito; l'accertamento tecnico preventivo deve avere ad oggetto la «verifica preventiva delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere». Il giudice procede ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c., in quanto compatibile. Terminate le

Il procedimento sinteticamente descritto desta più di una perplessità⁸⁵. Qui, tuttavia, vorrei concentrare l'attenzione soltanto sul punto dell'attività del consulente, che è attività di verifica di una circostanza di fatto (l'esistenza delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere ai sensi del comma 1°), dunque acquisizione di uno strumento da cui desumere elementi di conoscenza, a cui il giudice rimane estraneo, limitandosi ad intervenire con il decreto di omologa che, *rebus sic stantibus*, non certifica evidentemente la bontà dell'attività, espletata dal consulente e a cui il giudice non ha partecipato, bensì attesta l'assenza di contestazioni provenienti dalle parti in ordine al fatto verificato dall'esperto⁸⁶. Ove invece si instauri il giudizio a seguito delle contestazioni di una parte, l'accertamento tecnico preventivo svolto dal consulente non pone un problema di trasmigrazione di attività processuale svolta in altra sede, perché esso è, a ben vedere, l'oggetto stesso del ricorso presentato dalla parte che contesta, ricorso che infatti, a pena di inammissibilità, deve indicare i motivi della contestazione (art. 445-bis, comma 5°, c.p.c.).

Un'applicazione interessante relativamente a quanto, raccolto in sede di indagini peritali, sia poi utilizzabile o meno ai fini del giudizio di merito che il giudice è chiamato a rendere, si ha nel processo penale, in specie con riguardo all'utilizzabilità, ai fini della valutazione della responsabilità penale del dichiarante, delle dichiarazioni raccolte dal perito ai sensi dell'art. 228, comma 3°, c.p.p.⁸⁷, ove il dichiarante chieda di essere giudicato nelle forme del rito abbreviato. Ad avviso della giurisprudenza prevalente, considerato che *ratio*

operazioni, il giudice fissa alle parti un termine entro il quale esse devono dichiarare se intendono contestare le conclusioni del consulente tecnico dell'ufficio. Se le parti non contestano, il giudice con decreto «omologa l'accertamento del requisito sanitario secondo le risultanze probatorie indicate nella relazione del consulente tecnico dell'ufficio, provvedendo sulle spese» (art. 445-bis, comma 5°, c.p.c.). In ipotesi di contestazione, la parte deve depositare il ricorso introduttivo del giudizio, specificando i motivi della contestazione; la sentenza che deciderà sul ricorso è dichiarata espressamente «inappellabile» (art. 445-bis, comma 7°, c.p.c.).

⁸⁵ Sul tema v. per tutti F. COSSIGNANI, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445-bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 629 ss.

⁸⁶ In questo senso anche *ibidem*, p. 644.

⁸⁷ La norma dispone che, ai fini dello svolgimento del proprio incarico, «il perito richiede notizie», e che «gli elementi in tale modo acquisiti possono essere utilizzati solo ai fini dell'accertamento peritale».

della norma è evitare che dal lavoro del perito, costretto nei binari tracciati dai quesiti, possa risultare suggestionato il giudice, che è invece chiamato ad un accertamento più ampio di fatti e responsabilità penali, deve ritenersi che la norma vieti di utilizzare le informazioni raccolte dal perito per garantire la genuinità e l'esaustività della perizia, poiché il dichiarante collabora pienamente confidando nella non utilizzabilità altrimenti delle notizie da lui fornite⁸⁸. L'ipotesi contemplata dalla norma ora in commento⁸⁹ rappresenterebbe, ad avviso della dottrina⁹⁰, una fattispecie di inutilizzabilità speciale che, integrata dalla disciplina generale dell'art. 191 c.p.p., si contraddistinguerebbe per la sua capacità di contenere gli elementi probatori raccolti dall'esperto entro i limiti di alcuni specifici impieghi; facendo intravedere così la doppia anima dell'inutilizzabilità, insieme per un verso forma di invalidità della prova e, per l'altro, regola di condotta e decisione per il giudice⁹¹. A differenza di quanto abbiamo visto accadere poco sopra per la consulenza di cui all'art. 445-bis c.p.c., in questa ipotesi non pare esservi, per la prova dichiarativa formata dall'esperto, altro spazio possibile se non quello endoperitale; si potrebbe obiettare che in questa fattispecie di perizia penale si considerano dichiarazioni rese dal soggetto, mentre

⁸⁸ V. Cass. pen., sent. 28 aprile 2010, n. 16470; in dottrina, v. S. MARTELLI, *La prova dichiarativa endoperitale: regime di utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 420 ss.

⁸⁹ Ipotesi che, peraltro, si inserisce nell'alveo del più generale principio della tendenziale inutilizzabilità delle dichiarazioni rese prima del dibattimento, v. N. MANI, *Sull'utilizzabilità di intercettazioni in diverso procedimento e sullo status del dichiarante in dibattimento*, cit., spec. p. 172. A questo proposito si potrebbe aprire un interessante spazio sul tema perché, come ha sottolineato M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., spec. pp. 187-188, non è affatto scontato che dai principi dell'oralità e dell'immediatezza derivi una preclusione assoluta di fare uso, come prova, degli elementi raccolti dalle parti nelle fasi antecedenti al dibattimento. Un avallo di questo, prosegue l'a., si troverebbe nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, al cui avviso ciò che conta è che l'imputato abbia potuto fruire di un'occasione effettiva per controesaminare il teste a carico; nel qual caso, anche le precedenti dichiarazioni risultano legittimamente acquisibili in giudizio, senza pregiudizio dell'art. 6, comma 3°, lett. d), Cedu.

⁹⁰ V. S. MARTELLI, *La prova dichiarativa endoperitale: regime di utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, cit., p. 423.

⁹¹ V. G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, Padova, 2010, p. 817.

nell'accertamento tecnico preventivo civilistico la perizia ha ad oggetto l'accertamento delle condizioni sanitarie legittimanti la richiesta di tutela giurisdizionale. Ma, come è stato notato⁹², anche nella sede processualpenale il raggio d'azione peritale è monopolizzato dallo scopo esclusivo cui tende la perizia, ovvero rispondere ad un quesito di natura tecnico-scientifica, cioè esattamente lo scopo a cui tende la consulenza ai sensi dell'art. 445-*bis* c.p.c.

Problema analogo, ovvero quello dell'utilizzabilità, nel processo tributario, stante il divieto di assunzione di prova testimoniale, delle dichiarazioni rese da terzi all'amministrazione finanziaria nella fase procedimentale, è stato risolto dalla Consulta, come peraltro si è accennato *supra*, con un'articolata motivazione⁹³. Ad avviso del giudice delle leggi, la limitazione probatoria in discorso non comporta l'inutilizzabilità delle dichiarazioni di terzi rese fuori e prima del processo, ancorché in una fase procedimentale, poiché esse, proprio per tali caratteristiche, sarebbero essenzialmente diverse dalla prova testimoniale resa in giudizio, su istanza di parte, su capitoli specifici e preceduta dal giuramento del teste, rivestendo pertanto un particolare valore probatorio, essendo cioè idonea a fondare la decisione; e ciò a differenza delle dichiarazioni di terzi di cui sopra, il cui valore probatorio, conclude la Consulta, è quello proprio degli indizi, *ex se* inidonei a costituire il fondamento della decisione⁹⁴.

Tornando nell'ambito del processo civile, diverso ma colle-

⁹² V. S. MARTELLI, *La prova dichiarativa endoperitale: regime di utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, cit., pp. 423-424, ove l'a. considera poi due aspetti delicati, su cui si tornerà in sede di conclusioni, ovvero il rischio di un'efficacia probatoria indiretta delle dichiarazioni *de quibus* e la potenziale eterogeneità tra la piattaforma probatoria del processo e quella che sorregge il lavoro del perito, l'attività di quest'ultimo potendo condurre alla formazione di un bagaglio cognitivo autonomo, e potenzialmente in parte diverso, da quanto acquisito al processo.

⁹³ V. Corte cost., sent. 21 gennaio 2000, n. 18, cit.

⁹⁴ Peraltro il contribuente, prosegue la stessa Consulta, nell'esercizio del proprio diritto di difesa, potrà contestare la veridicità delle dichiarazioni di terzi raccolte dall'amministrazione finanziaria nella fase procedimentale, e il giudice tributario, ove ritenga che l'accertamento non sia adeguatamente sorretto da altri mezzi di prova, potrà e dovrà fare uso dei poteri inquisitori riconosciutigli dall'art. 7, comma 1°, d.lgs. n. 546 del 1992, per rinnovare ed eventualmente integrare l'attività istruttoria svolta dall'ufficio.

gato è il tema riguardante l'efficacia delle prove relative a giudizi riuniti per connessione. In proposito la Suprema Corte ha ritenuto che, in ipotesi di riunione di processi connessi ai sensi dell'art. 274 c.p.c., non si verificherebbe alcuna fusione degli elementi di giudizio e delle prove acquisite nell'una o nell'altra causa; pertanto, le prove acquisite in una causa non potrebbero essere utilizzate nell'altra, ciascuna dovendo essere decisa sulla base delle sole prove in essa proposte⁹⁵. La statuizione, che per certi aspetti può ben risultare condivisibile sulla base dei principi generali in materia di istruzione, non tiene conto di una possibile obiezione, giustificata *a fortiori* proprio dall'esistenza di un rapporto di connessione fra cause che della riunione fu motivo, ovvero di quel principio di coerenza fra mezzi istruttori di cui si è detto poc'anzi; ciò che è stato rilevato a proposito del singolo mezzo di prova⁹⁶, infatti, ben può (*rectius* dovrebbe) valere rispetto a distinti mezzi di prova che, tuttavia, vengano in gioco in giudizi connessi ancorché distinti: *quid*, infatti, nell'ipotesi in cui, adottando la prospettiva suggerita dalla Cassazione ora ricordata, il risultato di una certa prova contrastasse con il risultato di altra prova assunta nel processo connesso? L'interrogativo fa apparire preferibile il precedente orientamento della Cassazione al cui avviso, sempre nella medesima ipotesi di riunione ai sensi dell'art. 274 c.p.c., le prove raccolte in uno dei giudizi riuniti sarebbero automaticamente utilizzabili nell'altro, essendo sufficiente, affinché il giudice possa esaminarle e trarre elementi per il suo convincimento, che esse siano state legittimamente raccolte in contraddittorio e oggetto di discussione fra le parti⁹⁷.

⁹⁵ V. Cass., sez. I, sent. 12 gennaio 2010, n. 259, commentate da F. FERRARI, *Riunione di processi e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 737 ss., spec. p. 739.

⁹⁶ V. L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, cit., p. 111, e sub § 5 di questo capitolo.

⁹⁷ V. Cass., sent. 29 novembre 2001, n. 15189, in *Giur. it.*, 2002, p. 1848 ss., ricordata da F. FERRARI, *Riunione di processi e valutazione delle prove*, cit., p. 746.

9. La porta dell'ammissibilità e della rilevanza

Lasciate sin qui sullo sfondo, è inevitabile dedicare ora qualche parola alle nozioni di “ammissibilità” e di “rilevanza”, che possono investire diversi elementi del processo: una questione, un mezzo di prova, un fatto⁹⁸. La ragione di tale inevitabilità sta nella circostanza per cui, come efficacemente è stato sottolineato, da una parte la fase di introduzione delle prove nel processo è uno snodo essenziale della dinamica probatoria⁹⁹; e, dall'altra, il punto centrale relativamente alle prove assunte in altro processo non sarebbe, a ben vedere, quello della loro efficacia bensì, a monte, quello della loro ammissibilità¹⁰⁰.

Se, per certi versi, è più semplice porsi la questione relativa alla rilevanza, questione per lo più di fatto¹⁰¹, certamente più complesso è affrontare il tema dell'ammissibilità, che sta in bilico tra fatto e diritto e dalla quale è opportuno cominciare.

In senso amplissimo, l'ammissibilità concerne l'astratta possibilità di introdurre nel processo l'elemento sul quale ci si interroga¹⁰². La dottrina che si è occupata dell'argomento ha sottolineato come, nel nostro ordinamento, manchino disposizioni generali in materia

⁹⁸ Recentemente, sulla ricorrenza dell'affermazione secondo cui il giudizio di rilevanza, prima e più che il mezzo istruttorio, concerne il fatto giuridico che si mira a dimostrare, v. A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, cit., p. 249.

⁹⁹ Così M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., p. 204.

¹⁰⁰ In questo senso, G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., p. 222. Recentemente, per la distinzione fra “ammissibilità” e “utilizzabilità”, v. F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 348 ss., spec. p. 368.

¹⁰¹ *Ex multis*, v. A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, cit., p. 249, ove l'a. ricorda come, per la dottrina pressoché unanime, il concetto di “rilevanza” esprima una speciale relazione tra il fatto che si intende provare e il *thema decidendum* individuato in causa, onde è rilevante ogni mezzo di prova il cui eventuale esito positivo valga conferma della verità di fatti costitutivi, impeditivi, estintivi o modificativi del diritto azionato o di fatti secondari riconducibili ai primi in forza di un criterio di regolarità causale.

¹⁰² V. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. p. 37. L'a. compie l'affermazione con riguardo alla prova ma, a mio avviso, essa può valere anche per gli altri elementi in ordine ai quali il tema dell'ammissibilità può porsi (*id est*, il fatto, la questione).

di ammissibilità¹⁰³. Ma il dato che qui, in chiave di attualità, merita di essere sottolineato, è una certa tendenza (per vero ormai nemmeno troppo recente) ad essere intolleranti verso forme di restrizione del diritto della parte a far entrare nel processo elementi che possano esserle necessari o utili all'espressione del proprio diritto di difesa¹⁰⁴. Tendenza giustificata anche da un altro e non minore pericolo, che inerisce maggiormente tuttavia al profilo della rilevanza, ovvero quello che la valutazione anticipata sulla prova possa apparire, e talvolta risultare, un'anticipazione sull'esito della causa¹⁰⁵.

Trovare un punto di equilibrio è forse impossibile. Da una parte, infatti, ipotizzare un sistema privo di qualsivoglia filtro all'ingresso delle prove nel processo spalanca la porta all'arbitrio più sfrenato; dall'altra, appare comunque anacronistica ogni limitazio-

¹⁰³ Per ampie citazioni e ricostruzioni, v. *ibidem*, p. 38 ss.

¹⁰⁴ Relativamente ai mezzi di prova, si deve anche ad una ricca serie di pronunce della Corte costituzionale (v. la giurisprudenza in *ibidem*, pp. 44-45) l'aver gettato le basi della tendenza suindicata, sfumando così gradatamente le ipotesi di esclusione o limitazione dei mezzi di prova, ritenute costituzionalmente legittime solo ove siano giustificate dall'esigenza di salvaguardare altri diritti o interessi giudicati meritevoli di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento. Come ha sottolineato peraltro la migliore dottrina, v. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 86, a parziale smorzatura dell'entusiasmo accennato in ordine allo spalancarsi di porte di ingresso al materiale istruttorio, alcuni mirano a fare della rilevanza, sulla scia di indicazioni provenienti dal *common law*, il solo limite per l'ammissibilità di qualsiasi prova dedotta, basandosi sul “diritto alla prova” e sulla “ricerca della verità” quale fine primario della decisione del giudice, al quale verrebbe lasciato in concreto di stabilire, al di fuori di qualsiasi modulo preconstituito in astratto, l'ammissibilità e il grado di efficacia di ogni prova atipica.

¹⁰⁵ Così M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., p. 202, al cui avviso non convince l'assunto per cui un controllo *ex ante* sulla qualità gnoseologica della prova richiesta sarebbe indispensabile per consentire una gestione efficiente e rapida del processo. Come è stato evidenziato, infatti (v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 337 ss.; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, F.M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 82), i parametri di ammissione di tenore formale, che cioè non implicano una ponderazione sull'affidabilità dei dati conoscitivi dell'elemento di cui si chiede l'introduzione, attribuiscono già, se applicati con rigore, un ampio potere di controllo sulla gestione dell'accertamento. E ciò specie ove si consideri, prosegue G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 82, che in quasi tutti i sistemi è consentito al giudice di rifiutare l'ingresso di un dato conoscitivo se ritenuto superfluo o irrilevante, parametri in cui possono annidarsi scelte arbitrarie.

ne del diritto alla prova¹⁰⁶. Senza considerare poi che il processo sconta comunque la pena della sua irrinunciabile croce, ovvero quel tributo alla forma che, ove violata, rischierebbe di far apparire non credibile l'intero sistema¹⁰⁷. Al dilemma ora posto, davvero a me pare che neppure Salomone sarebbe in grado di dare risposta soddisfacente. È certamente condivisibile, infatti, il rilievo per cui ciò che conta, nel processo, è raggiungere, ricostruendola attraverso gli strumenti probatori, la verità dei fatti come verificatisi nella realtà oggettiva *illo tempore*; ma altrettanto condivisibile pare la quasi ovvia affermazione secondo cui, per fare ciò, non si possa ipotizzare di superare (violare? non tenere conto? mettere in secondo piano?) i limiti formali contemplati dalle norme processuali per l'ingresso in giudizio della conoscenza dei fatti. L'obiettivo dell'accertamento della verità, infatti, legittimerebbe così sempre il superamento del limite previsto dalla norma formale, creando un *far-west* probatorio in cui ogni comportamento processuale dovrebbe essere ammesso in funzione della dimostrazione (della verità) di un fatto.

Meno complicato è porsi un'altra questione cui tentare di dare risposta, ovvero quella dell'ammissibilità della prova *aliunde*. Che la prova proveniente da un altro processo, infatti, possa essere o meno rilevante, è questione ulteriore e di fatto che verrà risolta dal giudice del singolo caso di specie e che, tuttavia, si pone soltanto dopo che quella prova sia ritenuta ammissibile. Ora, le uniche norme che affrontano il tema sono quelle a cui si è già fatto riferimento al principio di questo lavoro e che, per lo più, si limitano a regolare l'efficacia della prova *aliunde* affermandone il valore di argomento di prova. Ancorché, per le ragioni che cercherò di spiegare in sede di conclusioni generali *infra*, non condivida questa *deminutio*, le previsioni in discorso sono tuttavia un utile elemento al fine di affermare, seppur

¹⁰⁶ Sinteticamente, v. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 53.

¹⁰⁷ Come nota efficacemente M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., p. 203, infatti, la violazione di un valore tutelato da una norma formale sembrerebbe dover cedere il passo di fronte alla credibilità della conoscenza, sia pur acquisita trasgredendo un divieto; in altri termini, prosegue l'a., nessun valore sembrerebbe poter resistere a fronte dell'esigenza di far propria una fonte credibile e di accertare così la verità.

in certo modo implicitamente, l'ammissibilità della traslazione (*id est* la *trasmigrabilità*) della prova da un giudizio ad un altro; che pare potersi porre come principio generale, nel senso per cui il nostro ordinamento, in via di teoria e aprioristicamente, non solo non è contrario ma addirittura concepisce, e per questo la regola in alcune sue disposizioni, la traslazione della prova da una sede processuale ad un'altra.

10. *Il principio del libero convincimento del giudice*

Su un piano del tutto distinto da quello dell'ammissibilità e della rilevanza, si colloca il tema del principio del libero convincimento del giudice: alla sussistenza delle prime due, infatti, è subordinato l'ingresso delle prove nel processo, al secondo è soggetta la valutazione della prova concretamente esperita o entrata nel giudizio¹⁰⁸. A prescindere, per ora, dalla varietà di opinioni ravvisabili intorno al concetto suindicato¹⁰⁹, non è dubbio che, fatta salva l'eccezione delle prove legali, la decisione viene resa (o dovrebbe essere resa) dal giudice all'esito di un procedimento razionale in cui abbia la parte principale il suo “libero convincimento” o, se si preferisce, il suo “prudente apprezzamento”. Le due espressioni sono intese da taluno come pressoché sinonime¹¹⁰, da altri invece secondo differenti significati¹¹¹. Stando alla lettera delle fonti normative, l'art. 116, comma

¹⁰⁸ *Ex multis*, v. G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., p. 23.

¹⁰⁹ V. per tutti l'eccellente ricostruzione di F. ROTA, *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. Carpi, M. Taruffo, cit., *sub* art. 116.

¹¹⁰ Così pare potersi dire di Corte cost., sent. 3 giugno 1992, n. 255, cit., quando, in tema di processo penale, afferma conclusivamente che il c.p.p. fa salvo «il principio del libero convincimento inteso come libertà del giudice di valutare la prova secondo il proprio prudente apprezzamento [...]».

¹¹¹ È il caso, per esempio, di A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., p. 33, al cui avviso la sinonimia è da escludersi «se non altro per la scelta linguistica», e perché il nostro sistema probatorio privilegia il ricorso ai criteri della ragione e dell'esperienza, escludendo il ricorso a elementi di tipo intuizionistico o fondati sull'intima persuasione del giudice.

1°, c.p.c., parla di «prudente apprezzamento»¹¹²; l'art. 64, comma 4°, c.p.a., fa lo stesso.

Su un elemento, tuttavia, mi pare si possa e si debba concordare. Soltanto intendendo il libero convincimento del giudice come principio di natura logica e razionale si comprende l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali di cui all'art. 111, comma 6°, Cost.¹¹³⁻¹¹⁴⁻¹¹⁵. Ma il punto che più rileva ai fini del presente studio è un altro. Come ha sottolineato autorevole dottrina, proprio dalla vigenza del principio del libero convincimento viene desunta l'ammissibilità della prova formatasi in un altro processo; anzi, ad avviso di alcuni, la circostanza che tali prove siano considerate ammissibili è indice che quell'ordinamento sia realmente impostato sul principio del libero convincimento¹¹⁶. E non di rado in giurisprudenza, specie per ciò che riguarda i rapporti fra processo penale e accertamento tributario,

¹¹² Criterio al quale, in assenza di norme differenti, si fa riferimento anche nel processo tributario, v. G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 7.

¹¹³ Così A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., pp. 35-36, ove l'a. sottolinea come il controllo esterno della decisione del giudice sia possibile in quanto questi abbia motivato le scelte compiute in materia di giudizio di fatto su basi logiche e razionali, ma ciò a sua volta sia possibile solo ove tali scelte siano state effettivamente condotte ricorrendo a criteri logici e razionali; corrispondentemente, il "prudente apprezzamento" inteso come "intima persuasione" del giudice sulla bontà delle argomentazioni portate dalla parte a sostegno delle proprie ragioni, non consente di comprendere come il giudice potrebbe validamente adempiere l'obbligo di motivazione.

¹¹⁴ Come nota M. TARUFFO, voce *Liberio convincimento del giudice*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990, XVIII, p. 1 ss., spec. p. 5, per evitare distorsioni del principio e che non si sfoci nell'arbitrio, il giudice è sì libero di valutare la prova, ma deve osservare le regole di una metodologia razionale nell'accertamento dei fatti, dovendo la ricerca della verità giudiziale essere fondata «sulla probabilità razionale che l'esito delle prove rappresenti la verità storica o reale dei fatti». Logicità e razionalità del criterio del libero convincimento non escludono il recupero della ragionevolezza e della prudenza del giudice quale canone decisorio di natura etica; v. sul punto E. CATALANO, voce *Prova (canoni di valutazione della)*, cit., p. 25. Rinvio qui in via generale ad AA.VV., *Etica del processo e doveri delle parti*, in *Atti del XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Genova, 20-21 settembre 2013, Bologna, 2015.

¹¹⁵ Rileva poi V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., p. 20, che nella giurisprudenza prevalente il richiamo al principio del libero convincimento sembra funzionare come una sorta di "copertura ideologica".

¹¹⁶ V. sul punto gli ampi richiami bibliografici di M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. p. 76. L'a., invece, pare ritenere discutibile,

si è affermato che il giudice tributario può legittimamente fondare il proprio convincimento anche sulle prove acquisite nel processo penale, purché queste vengano sottoposte ad una propria e autonoma valutazione¹¹⁷.

Su questo profilo si tornerà in sede di conclusioni.

in assenza di altri parametri, fondare l'ammissibilità della prova allogena invocando esclusivamente il principio del libero convincimento.

¹¹⁷ *Ex multis*, v. Cass., sez. trib., sent. 20 marzo 2013, n. 6918. In dottrina, v. D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., spec. p. 1393.

CAPITOLO VIII

LA DECISIONE *ALIUNDE*

SOMMARIO: 1. Impostazione del problema. – 2. I rapporti tra giudizio penale e accertamento tributario. – 3. Processo penale e processo civile. – 4. Considerazioni critiche sul tema oggetto di queste pagine. – 5. Lo strano caso della materia *antitrust*.

1. *Impostazione del problema*

Nelle pagine introduttive già si è accennato, peraltro utilizzando un'espressione ampia come quella volutamente prescelta (“attività processuale”), alla circostanza che a trasmigrare, da una sede giudiziale ad un'altra, possano essere non soltanto, ancorché prevalentemente, strumenti di prova, ma anche materiale di diversa natura come, per esempio, provvedimenti a contenuto decisorio¹. In que-

¹ Si ricorre all'espressione ampia di cui nel testo e non al più sintetico termine “sentenza” perché a trasmigrare possono essere, evidentemente, provvedimenti aventi contenuto decisorio ma forma diversa da quella di sentenza e tuttavia dedotti in altro giudizio. Non si può approfondire qui uno spunto interessante, ovvero quello della natura dell'invocazione in altro giudizio di una sentenza. Recentemente, alcuni giudici tributari di merito hanno considerato domanda nuova, pertanto respingendola, l'estensibilità del giudicato fatta valere dal ricorrente con una memoria successiva al ricorso introduttivo; critica sul punto v. S. DALLA BONTÀ, *Rilevanza del giudicato nel processo tributario*, in *Riv. giur. trib.*, 2012, p. 702 ss., spec. p. 705, ove l'a. rileva, a mio avviso condivisibilmente, che non si vede come possa qualificarsi “domanda”, per di più “nuova”, l'invocazione ad opera di una parte de-

sta sede si intende considerare non tanto il tema classico, che pur verrà tangenzialmente affrontato in quanto connesso, degli effetti all'esterno di un giudicato, quindi di una decisione irrevocabile salvi casi eccezionali, pronunciato altrove, quanto il profilo del valore, del peso e degli effetti, in un determinato processo, di una decisione pronunciata *aliunde*, anche non definitiva (inteso qui il concetto di "definitività" alla luce dell'art. 27, comma 2°, Cost., e non nel senso tecnico fatto proprio dal codice di rito civile).

In via di prima riflessione, e con riguardo prevalentemente al processo civile, è stato sottolineato come il principio del diritto di difesa e la struttura antagonistica e dialettica del modello tipico del processo ordinario di cognizione, incorporino, fra l'altro, il diritto delle parti di non subire alcuna limitazione, assertiva o probatoria, da una sentenza, anche passata in giudicato, pronunciata *inter alios* all'interno di un giudizio nel quale esse non abbiano avuto alcuna preventiva opportunità di difendersi e di opporvisi². Altri, con una interessante riflessione, si sono interrogati su quale sia, in concreto, l'efficacia probatoria di una sentenza, intendendo indagare quale attitudine la pronuncia del giudice possa avere nell'influenzare l'esito di un successivo processo al di fuori dei casi in cui essa viene invocata con efficacia di giudicato, quindi nei casi in cui il giudice di un determinato processo utilizza, per la formazione del proprio convincimento, gli accertamenti di fatto contenuti nella motivazione di una precedente sentenza³.

A ben vedere, escludendo l'ipotesi della decisione passata in giudicato, la quale non sarà più modificabile salvo rari quanto eccezionali casi, quando ci si interroga sull'efficacia in un altro processo di una decisione pronunciata *aliunde*, si deve partire col ragionamento da un'evidenza: quella decisione, in quanto ancora passibile

gli effetti di un giudicato *inter alios*, posto che essa non chiede alcun nuovo e diverso esercizio della tutela giurisdizionale in merito ad un determinato diritto.

² In questo senso L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., spec. pp. 29-30.

³ V. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., spec. pp. 419-421, ove l'a. peraltro sottolinea l'atteggiamento ondivago della giurisprudenza che, limitandosi ad affermare genericamente che la sentenza *aliunde* possa essere utilizzata come mezzo di prova in un altro processo, non distingue se questo sia fra le stesse parti o fra parti diverse o se, della sentenza, si faccia riferimento al dispositivo o alla motivazione.

di impugnazione, è modificabile, sia per ciò che concerne l'indagine sui fatti (nel senso che il giudice dell'impugnazione potrebbe interpretare diversamente le prove altrimenti valutate dal primo giudice) sia per ciò che riguarda il profilo dispositivo in senso stretto. Se così è, il giudice di un diverso processo nel quale sia invocata una decisione pronunciata *aliunde* e ancora impugnabile, è libero di valutare con la più ampia discrezionalità il risultato giurisdizionale da altri raggiunto: in primo luogo, perché non stabilizzato, non definitivo; e poi perché nella diversa sede giurisdizionale, cioè nel processo *ad quem*, quel *dictum* potrebbe risultare non confermato, quando non addirittura contraddetto, dalle indagini istruttorie in corso in quel processo. Considerare alcune fattispecie in cui il tema si pone è necessario al fine di allargare l'orizzonte della ricerca.

2. I rapporti tra giudizio penale e accertamento tributario

Uno dei filoni più ricchi in tema di rapporti fra giudizi diversi e reciproco riverberarsi degli effetti che da essi sortiscono è costituito da quello che osserva le influenze tra processo penale e processo tributario. Volendo ricostruire sinteticamente il tema nel suo svilupparsi nel corso del tempo, si possono individuare essenzialmente tre fasi: il primo e più lungo periodo è quello della c.d. pregiudiziale tributaria (in cui l'azione penale poteva avere corso soltanto dopo l'avvenuto accertamento da parte del giudice tributario, con sentenza irrevocabile, dell'*an* e del *quantum* dell'imposta evasa); a questo segue una fase intermedia, di difficile coesistenza tra l'art. 12, l. n. 516 del 1982 (c.d. delle "manette agli evasori") e l'art. 654 c.p.p. (su cui si tornerà *infra*); infine, l'approdo alla fase ancora attuale, in cui opera il principio di piena separazione dei procedimenti⁴.

Durante la prima fase, il porsi del problema del contrasto fra sentenze di diverso segno era escluso in radice dall'art. 21, ult. com-

⁴ V. per la tripartizione D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., spec. p. 1385; v. anche A.R. CIARCIA, *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, cit., spec. p. 841 ss.

ma, l. n. 4 del 1929, che subordinava la procedibilità dell'azione penale per reati fiscali all'esito del processo tributario; tale norma venne abrogata dopo oltre mezzo secolo ad opera dell'art. 13, d.lgs. n. 429 del 1982, che stabilì che l'azione penale poteva avere corso dopo che l'accertamento dell'imposta fosse divenuto definitivo a norma delle leggi in materia. Veniva meno, dunque, la c.d. pregiudiziale tributaria, ma si poneva il problema di come regolare i rapporti tra i due processi. Sul punto intervenne l'art. 12, d.lgs. 429 (l. n. 516) del 1982, a stabilire che la sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento pronunciata in seguito a giudizio relativo a reati previsti in materia di imposte sui redditi e di imposte sul valore aggiunto avesse autorità di cosa giudicata nel processo tributario relativamente ai fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale. La norma era armonica con quanto, parallelamente, previsto dall'art. 28 c.p.p. del 1930, che, nell'alveo di un codice ispirato al principio dell'unità della giurisdizione e del primato del processo penale, attribuiva alla sentenza penale irrevocabile, di condanna o di assoluzione, efficacia di giudicato *erga omnes* negli altri procedimenti civili o amministrativi.

La lettura coordinata delle norme ora ricordate rifletteva la logica di un sistema processuale di tipo inquisitorio: al giudice penale, considerato più "forte" perché dotato di penetranti poteri nella ricerca delle prove, veniva affidato il compito di accertare una volta per tutte e in modo vincolante la "verità di Stato" non suscettibile di essere smentita in altra sede giurisdizionale⁵; il giudicato penale era dunque vincolante nel processo tributario, ma quest'ultimo non poteva essere sospeso nelle more del processo penale.

Con l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 (c.d. codice Vassalli), la situazione muta radicalmente. Il nuovo c.p.p., infatti, mutua l'ispirazione di fondo di tipo accusatorio dai moderni sistemi processuali, introducendo il principio della separazione delle giurisdizioni, pur prevedendo alcuni temperamenti per evitare situazioni di patente contrasto di giudicati. Più precisamente, in alcune ipotesi tassative (artt. 651-654 c.p.p., nel libro X, dedicato

⁵ In questi termini, v. D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., p. 1386.

all'esecuzione), si attribuisce al giudicato penale una sorta di «efficacia vincolante parziale»⁶, cioè relativamente solo a un determinato oggetto e nei confronti di determinati soggetti, in altri procedimenti; tali norme, subordinando l'efficacia vincolante dell'accertamento dei fatti intervenuto in sede penale alla sussistenza di specifiche condizioni molto restrittive, si pongono così come eccezioni al principio della separazione delle giurisdizioni. Tra esse spicca l'art. 654 c.p.p.⁷, il quale subordina l'efficacia vincolante del giudicato penale nei processi civili e amministrativi (dunque anche in quelli tributari) diversi da quelli risarcitori o disciplinari a numerose condizioni, oggettive e soggettive, fra cui l'assenza di limitazioni alla prova della posizione giuridica soggettiva controversa: la sentenza penale irre-

⁶ V. sul tema M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 413 ss.; D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., p. 1386.

⁷ La circolare n. 154/E del Ministero delle finanze del 4 agosto 2000 affermò che, in mancanza di una norma derogatoria, avrebbero trovato applicazione le disposizioni ordinarie relative all'efficacia del giudicato penale e, in particolare, l'art. 654 c.p.p. Letteralmente, l'art. 654 c.p.p. dispone che «nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa». Dal che si deduce, guardando ai limiti di carattere soggettivo posti dalla norma, che il giudicato penale non può essere fatto valere nei confronti dell'amministrazione finanziaria che non si sia costituita parte civile nei modi previsti dal c.p.p., e altresì che il giudicato penale vincola soltanto alcuni determinati soggetti nei cui confronti, tuttavia, può essere fatto valere da chiunque vi abbia interesse. Quanto ai limiti di carattere oggettivo, è opportuno sottolineare innanzitutto che la sentenza che rileva è solo quella irrevocabile di condanna o di assoluzione, pronunciata a seguito di dibattimento, risultando così escluse tutte le sentenze rese in seguito a dibattimento ma con altre formule e le sentenze rese prima e al di fuori del dibattimento; ancora, l'efficacia del giudicato è circoscritta all'accertamento dei medesimi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale, col che risultano esclusi gli accertamenti concernenti l'elemento soggettivo del reato e tutti i fatti rilevanti ai fini di questioni pregiudiziali o incidentali, mentre vi rientrano gli accertamenti concernenti l'elemento oggettivo (condotta tipica, nesso causale, evento); infine, deve sussistere un vincolo di pregiudizialità tra l'accertamento penale e il processo civile o amministrativo, mentre devono invece essere assenti le limitazioni di carattere istruttorio suesposte.

vocabile, pertanto, non può mai acquisire efficacia automatica di *res iudicata* nel processo tributario, in quanto in quest'ultimo, come si è visto peraltro *supra* trattando delle prove, vige il principio dell'innammissibilità della prova testimoniale (art. 7, comma 4°, d.lgs. n. 546 del 1992)⁸.

Si realizza così lo scontro tra la previsione di cui all'art. 654 c.p.p., che appunto esclude l'efficacia vincolante del giudicato penale nel processo tributario, e l'art. 12, l. n. 516 del 1982, che già riconosceva al giudicato penale un'efficacia vincolante pressoché incondizionata nel processo tributario. A risolvere il duello intervenne la l. n. 74 del 2000, che, abrogando l'art. 12 summenzionato, inaugura la terza fase. Nell'ottica di armonizzare la disciplina dei rapporti fra processo penale e processo tributario al principio della separazione delle giurisdizioni, infatti, l'art. 20, l. n. 74 del 2000, stabilisce che il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipenda la relativa definizione; la norma nulla dice in tema di giudicato, lasciando la risoluzione della questione dell'efficacia del giudicato penale nel processo tributario alla disciplina comune contenuta nel c.p.p.⁹. In buona sostanza, dunque, oggi il rapporto tra i due processi è regolato dal congiunto operare di due norme: l'art. 654 c.p.p., che subordinando l'efficacia vincolante del giudicato penale in altri giudizi alla condizione, fra l'altro, della mancanza di limiti istruttori per la prova della posizione giuridica controversa, sostanzialmente nega alla sentenza penale irrevocabile

⁸ V. P. TURIS, *Giudicato penale: apprezzamento del giudice ed efficacia nel processo tributario*, in *Il Fisco*, 2008, 1, 37, p. 6670 ss. Come peraltro osserva D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., p. 1390, il discorso vale anche in senso opposto, quando si considera la rilevanza della decisione assunta in sede tributaria nel processo penale avente ad oggetto i medesimi fatti. L'amministrazione finanziaria, infatti, è legittimata talvolta ad utilizzare, per le proprie pretese, elementi istruttori di carattere presuntivo o indiziario che sarebbero inidonei a supportare una decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato.

⁹ V. D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., p. 1390; A.R. CIARCIA, *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, cit., p. 841.

ogni automatica rilevanza di cosa giudicata nel processo tributario; e l'art. 20, l. n. 74 del 2000, che vieta la sospensione del processo tributario nelle more del processo penale. A rigore, pertanto, nessuna automatica autorità di cosa giudicata può attribuirsi nel separato processo tributario alla sentenza penale irrevocabile, di condanna o di assoluzione, emessa in materia di reati tributari, sebbene i fatti accertati in sede penale siano i medesimi per i quali l'Amministrazione finanziaria ha promosso l'accertamento nei confronti del contribuente¹⁰.

Se questo è ciò che emerge dalla lettera delle norme, non si può sottacere quanto evidenziato dalla dottrina, ovvero che diversi giudici tributari di merito, decidendo su fatti che hanno già formato oggetto di accertamento da parte del giudice penale, si limitano a riportarsi a quanto stabilito da quest'ultimo con sentenza irrevocabile, di fatto dunque superando gli ostacoli di ordine teorico, e quindi pratico, che le disposizioni summenzionate comporterebbero¹¹. A fare chiarezza non aiutano, purtroppo, le pronunce rese sul tema dalla Cassazione. Secondo un orientamento recente della Suprema Corte, infatti, il giudice tributario non può invocare l'esistenza di un giudicato penale in materia di reati tributari estendendone automaticamente l'efficacia all'azione accertatrice del singolo ufficio tributario, né, tuttavia, può esimersi dal valutarlo; egli, nell'esercizio dei propri poteri di libera valutazione, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., del materiale probatorio acquisito agli atti, deve verificarne la rilevanza nell'ambito specifico¹². Altrove è poi dato di leggere che il giudice tributario può anche fondare la decisione sulla sentenza penale irrevocabile come unica prova, ma ciò non in via automatica come conseguenza del giudicato, bensì dimostrando di aver compiuto una

¹⁰ V. A.R. CIARCIA, *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, cit., p. 841; in giurisprudenza, v. Cass., sez. trib., sent. 23 maggio 2012, n. 8129.

¹¹ V. D. GUIDI, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, cit., p. 1390.

¹² V. Cass., sez. IV civ., ord. 24 ottobre 2012, n. 18233; Cass., sez. trib., 15 luglio 2011, n. 14817, in *Riv. dir. trib.*, 2011, II, p. 453 ss., con nota di L. NICOTINA, *Le interferenze tra processo tributario e processo penale: pregiudizialità, autonomia o coordinazione critica?*; F. TESAURO, voce *Processo tributario*, cit., p. 25.

propria autonoma valutazione¹³. Ora, la materia è intricata, ma dalla Suprema Corte è lecito aspettarsi che non si faccia di tuttata l'erba un fascio, considerando la sentenza alla stregua della prova, ancorché unica, senza distinguere fra sentenza e sentenza, equiparandola superficialmente a quella che sia passata in giudicato; essendo invece auspicabile un intervento illuminante sul tema dell'ampiezza dei poteri del giudice a fronte di una decisione *aliunde*¹⁴.

Un discorso a sé stante richiedono le sentenze penali c.d. di patteggiamento (*rectius* di applicazione della pena su richiesta delle parti), emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p. Partendo da quanto già chiarito, ovvero che l'efficacia extrapenale del giudicato compete solo alle sentenze pronunciate a seguito di dibattimento, se ne desume che essa non spetta ai provvedimenti emessi in sede di patteggiamento, perché esse contengono solo una mera deliberazione e non un giudizio di accertamento dei fatti, mancando appunto il dibattimento; si ritiene che dal contegno del contribuente (che chiede un'applicazione di pena) e dalla circostanza che il giudice commini la pena sulla base degli atti, potrebbe trarsi una presunzione semplice circa la

¹³ V. Cass., sez. trib., 27 settembre 2011, n. 19786, in *Giust. civ.*, 2011, p. 1355; Cass., sez. trib., 29 dicembre 2010, n. 26296, in *Dir. prat. trib.*, 2011, p. 827 ss.; Cass., sez. trib., 17 febbraio 2010, n. 3724, in *Giust. civ.*, 2010, p. 222. Ad avviso di A.R. CIARCIA, *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, cit., p. 842, si deve però considerare che l'aggiramento dei limiti probatori potrebbe verificarsi da un raffronto caso per caso che tenga conto dei mezzi di prova effettivamente impiegati nel processo penale per acquisire le conoscenze poste alla base dell'accertamento dei fatti; in pratica, prosegue l'a., ove il giudicato penale si fondi su prove ammesse nel processo tributario, per esempio documenti, non avrebbe senso negare efficacia, anche vincolante, al giudicato penale.

¹⁴ L'impressione, si consenta in nota l'espressione di un dubbio a fronte del quale non scandalizzarsi perché quanto si va per affermare vale in ogni campo professionale e nell'accademia quanto nel foro in qualunque posizione vi si giochi, è che il mestiere, con tutto ciò che comporta (emettere sentenze, risolvere casi, barrare caselle, evitare valutazioni disciplinari di scarso rendimento, e via di questo passo), vinca sul singolo; il quale, benché animato dai migliori propositi, non resiste alla tentazione di fare proprio il risultato del lavoro già svolto da un altro collega e, salvi casi eccezionali, di buon grado vi si allinea, chiudendo e riponendo il fascicolo per passare al successivo. Evidentemente il carico di lavoro ha un peso determinante in questo discorso, perché l'attenzione e l'approfondimento che un giudice può dedicare al provvedimento finale ove debba redigerne "x" per anno sono diversi ove lo stesso giudice abbia un carico di "dieci volte x".

sussistenza del fatto descritto nell'imputazione donde, ove tale fatto abbia rilevanza tributaria e non sia smentito da altre circostanze, esso potrebbe assumersi per provato in sede tributaria¹⁵.

Nessuna efficacia può invece attribuirsi nel processo tributario ai provvedimenti penali che dispongono l'archiviazione: e non soltanto perché emessi in assenza di dibattimento, ma perché il soggetto potrebbe essere responsabile fiscalmente, ciò che sarà verificato dai giudici tributari, pur non essendolo penalmente¹⁶.

In buona sostanza, all'esito di questo *excursus* pare potersi concludere che, quanto all'efficacia delle sentenze penali nel processo tributario, non sussiste alcun rapporto di pregiudizialità/dipendenza tra processo penale e processo tributario, onde vengono rispettate le differenze esistenti, sul piano probatorio, tra i due processi. Ciò non preclude che le prove raccolte in sede penale possano assumere rilevanza ai fini di una decisione del giudice tributario, purché quest'ultimo proceda ad un'autonoma valutazione e ne accerti la compatibilità con i limiti del processo tributario¹⁷.

¹⁵ V. A.R. CIARCIA, *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, cit., pp. 842-844; più diffusamente sul tema, v. A. MARCHESELLI, *L'efficacia probatoria nel processo tributario del patteggiamento penale*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, II, p. 707 ss. Recentemente, la Suprema Corte (Cass., sez. trib., 16 settembre 2011, n. 18902) ha chiarito che ove il giudice di merito intenda disconoscere l'efficacia probatoria della sentenza penale di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., deve spiegare la ragione per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità e perché il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione. D'altro canto l'Ufficio della Guardia di finanza, con circolare 29 dicembre 2008, n. 1, ha affermato che il contribuente può vincere la presunzione probatoria dimostrando di avere scelto il rito speciale pur essendo innocente; in buona sostanza, combinando i dati, ne emerge l'efficacia probatoria meramente presuntiva della sentenza di patteggiamento, superabile dal contribuente attraverso prova contraria.

¹⁶ V. *ex multis* Cass., sez. trib., 16 febbraio 2010, n. 3564, in *Corr. trib.*, 2010, p. 1040 ss., con nota di P. CORSO, *L'archiviazione penale non esonera il giudice tributario da una motivazione adeguata*.

¹⁷ Così A.R. CIARCIA, *L'utilizzo, nel procedimento e nel processo tributario, delle risultanze probatorie ed istruttorie penali*, cit., p. 850, ove l'a. conclude che, al minimo, le prove penali possano essere fonte legittima di presunzione.

3. *Processo penale e processo civile*

Anche la relazione tra processo penale e processo civile ha vissuto momenti di altalena¹⁸. L'art. 31 c.p.p. del 1865 prevedeva in via generale la sospensione del processo civile quando la cognizione del reato influiva sulla decisione della controversia. Analogamente, gli artt. 3 e 24 c.p.p. del 1930 stabilivano la sospensione necessaria del processo civile per pendenza di un processo penale influente¹⁹. In particolare, l'art. 3 prevedeva la sospensione del processo civile e del processo amministrativo ogni qual volta, nel corso del procedimento, si presentavano fatti che concretavano estremi di reato e l'azione penale era stata promossa o era già in corso, a condizione che la cognizione del reato fosse influente sulla decisione della controversia civile. L'art. 24, comma 2°, in particolare, per l'ipotesi in cui, in pendenza di un processo penale, la parte danneggiata dal reato proponesse l'azione civile non in quel processo ma in sede civile, autonomamente, prevedeva la sospensione del processo civile per le restituzioni e il risarcimento del danno. La "prevalenza"²⁰ della giurisdizione penale su quella civile era conseguita, oltre che attraverso la sospensione necessaria del processo civile e l'autorità della sentenza penale nel processo civile (artt. 25, 27 e 28 c.p.p.), anche tramite il riconoscimento al privato del potere di proporre nel processo penale l'azione civile diretta ad ottenere il risarcimento del danno e le restituzioni derivanti dal reato (artt. 22, 23 e 24, comma 1°, c.p.p.).

Il progressivo superamento di questa impostazione si realizza a partire dagli anni Settanta²¹, e il quadro muta poi anche normati-

¹⁸ Per tutti v. G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, spec. p. 355 ss.

¹⁹ Come nota R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., p. 10, il modello processuale disegnato dal legislatore del 1930, allo scopo di coordinare fra loro i processi e le relative decisioni favoriva ampiamente sia il ricorso alla sospensione del processo nel caso di pregiudizialità sia il cumulo delle reg Giudicande nei casi di connessione.

²⁰ In questi termini, v. G. GIANCOTTI, *Brevi note sul rapporto tra giudizio risarcitorio civile per illeciti aventi anche rilevanza penale e successiva costituzione di parte civile*, cit., p. 1461.

²¹ Lo ricorda R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., p. 11, ove l'a. richiama le sentenze della Consulta (v. no-

vamente ad opera della riforma del 1988, che accoglie il principio della separazione dei giudizi, riconoscendo l'autonomia del processo civile rispetto al processo penale, abbandonando così il principio dell'unità della giurisdizione. L'art. 75, comma 1°, c.p.p., non innova rispetto all'art. 24 c.p.p. del 1930; lo fanno invece le disposizioni contenute all'art. 75, commi 2° e 3°, c.p.p., secondo la cui lettera l'azione civile prosegue in sede civile se non viene trasferita nel processo penale o se è stata iniziata quando non è più ammessa la costituzione di parte civile nel processo penale; se l'azione è proposta in sede civile nei confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, il processo civile è sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta ad impugnazione, salve le eccezioni previste dalla legge stessa. Con riguardo, in particolare, agli effetti della sentenza, l'art. 652, comma 1°, c.p.p., stabilisce che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento abbia efficacia di giudicato nel processo civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso, sempre che il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile nel processo penale, salvo che abbia esercitato l'azione in sede civile ai sensi dell'art. 75, comma 2°, c.p.p.

Pertanto, alla luce delle norme sopra ricordate, e cercando di operare una sintesi, possiamo dire che spetta alla parte danneggiata dal reato la scelta se trasferire nel processo penale l'azione civile eventualmente già esercitata nella relativa sede; detto trasferimento, tuttavia, può avvenire a condizione che non sia già stata pronunciata, in sede civile, sentenza di merito, anche non definitiva e non passata in giudicato perché, diversamente, il processo civile dovrà proseguire in modo del tutto autonomo rispetto al processo penale (art. 75, comma 1°, c.p.p.). L'azione civile proposta dinanzi al giudice

ta 8) che provvidero a ridimensionare gli effetti del giudicato penale in sede civile, affermando la prevalenza del diritto di difesa sull'accertamento unitario dei fatti; in buona sostanza, per dirla con le parole dell'a., per attuare la disposizione di cui all'art. 24, comma 2°, Cost., si accetta di pagare il prezzo di eventuali contrasti fra decisioni pur in rapporto di pregiudizialità fra loro, compiendo così un passo decisivo verso un sistema processuale imperniato sull'autonomia dei giudizi.

civile dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza di primo grado non può essere proseguita, dovendo il processo civile essere obbligatoriamente sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta ad impugnazioni ordinarie²². Stando alle norme, dunque, la sola vicenda sospensiva oggi configurabile pare quella di cui all'art. 75, comma 3°, c.p.p., per cui le azioni civili risarcitorie e restitutorie sono sospese fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta ad impugnazioni²³.

Questa efficacia *extra moenia* della sentenza penale pare confermata da un altro orientamento, in base al quale il giudice civile è legittimato a fondare il proprio convincimento, anche in via esclusiva, sulla ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza penale di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., e anzi, ove intenda discostarsene, ha l'onere di indicare i motivi per cui il giudice penale ritenne di prestar fede a quella inveritiera ammissione di responsabilità anziché procedere al proscioglimento dell'imputato²⁴.

Come si è visto, dunque, ancorché in alcune ipotesi limitate, è

²² V. G. GIANCOTTI, *Brevi note sul rapporto tra giudizio risarcitorio civile per illeciti aventi anche rilevanza penale e successiva costituzione di parte civile*, cit., p. 1461.

²³ E questo nonostante l'art. 654 c.p.p. preveda, in ordine ai giudizi civili non risarcitori, l'autorità e l'efficacia della sentenza penale. Ad avviso di M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 382, quando la sospensione sia disposta al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 75, comma 3°, c.p.c., la circolazione degli atti fra i due processi, e così anche delle sentenze utili alla ricostruzione dei fatti comuni, non può essere né impedita né favorita, onde i fatti comuni sono di norma accertati in modo del tutto autonomo.

²⁴ V. P. RUSSO, *Il Commento*, cit., pp. 1870-1871, ove l'a. definisce criticabile l'orientamento in discorso; l'art. 445, comma 1-bis, c.p.p., nell'ottica di incentivare l'imputato alla rinuncia al pubblico dibattimento, nega alla sentenza di patteggiamento la pur limitata efficacia di giudicato riconosciuta nei processi civile e amministrativo alle sentenze definitive di condanna o di assoluzione ex art. 651 ss. c.p.p. Inoltre, prosegue l'a., l'individuazione di un onere del giudice civile di esplicitare le ragioni del dissenso dalle risultanze del processo penale riecheggia un principio di unità della giurisdizione che, come peraltro si accennava *supra*, l'impianto delineato dal c.p.p. del 1988 ha abbandonato in favore del principio della separazione (v. la giurisprudenza della Suprema Corte che l'a. richiama alle note 18 e 19). In senso contrario, v. G. VANACORE, *Efficacia del giudicato penale nel processo civile di danno: la condanna e l'assoluzione*, cit., p. 504, al cui avviso la sentenza resa ex art. 444 c.p.p., siccome non rientrante nel novero dei provvedimenti di condanna *stricto sensu* e quindi inidonea al passaggio in giudicato, è non rilevante ai fini della decisione di un giudizio civile.

prevista un'efficacia vincolante della decisione penale nel processo civile. E ciò consente a mio avviso di affermare che nelle ipotesi in cui le norme permettono o prevedono che il giudicato penale abbia effetto nel processo civile, anche le prove che (ad avviso del giudice penale) dimostrano i fatti posti alla base di quella decisione passata in giudicato siano pienamente utilizzabili, naturalmente secondo un principio di libera valutazione delle stesse, anche nel processo civile.

4. Considerazioni critiche sul tema oggetto di queste pagine

Dall'*excursus* sopra sinteticamente compiuto emergono alcuni profili pacifici: la separazione fra procedimenti appartenenti ad ambiti rituali differenti e quel corollario che ne è l'abbattimento della pregiudizialità fra i medesimi, la quale invece, fino a qualche lustro addietro, connotava più di una relazione fra diversi processi (civile e penale, penale e tributario, solo per ricordare alcuni degli esempi accennati). Ciò è tanto vero che un vincolo infrangibile nei confronti del giudice di un ipotetico processo *ad quem* da parte del provvedimento da altri emesso non è ravvisabile neppure quando la decisione *aliunde* sia passata in giudicato, perché appartiene alla realtà del processo in corso e vivente l'emersione di fatti ed elementi che, non rilevanti o trascurati o non esistenti nel giudizio sclerotizzato dal sopravvenuto giudicato, se negletti dal giudice attualmente operante per aderire al giudicato *aliunde*, potrebbero condurlo ad una decisione "ingiusta".

Quanto poi al tema dell'efficacia della sentenza come mezzo di prova, vorrei ricordare come autorevole dottrina abbia affermato che essa debba essere controllata caso per caso, potendo oscillare dall'efficacia di vera e propria prova, ove dotata dei requisiti di cui all'art. 2729 c.c., a quella di argomento di prova²⁵; non si potrebbe

²⁵ In questo senso, v. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., spec. p. 424. Come peraltro sottolinea M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., spec. p. 174, citando Cordero, prova non è la sentenza, con la quale si compiono valutazioni su dati acquisiti nel corso del processo; ciò che rileva ai fini della ricostruzione della vicenda storica è solo il materiale utilizzato per la pronuncia, ovvero le prove, non già la pronuncia stessa.

infatti negare che avvalersi di una sentenza che attesta l'esistenza di certi fatti possa determinare un grado di convinzione superiore a quello di una semplice prova su quegli stessi fatti; e tuttavia, ove la sentenza sia stata resa in un giudizio fra parti diverse, il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa imporrebbero che essa debba essere degradata a semplice argomento di prova, dunque ad elemento in grado di influenzare il convincimento del giudice ma non di condizionarlo nell'ipotesi in cui essa sia l'unica risultanza processuale²⁶.

Da un punto di vista logico, a me pare che, se una sentenza accerta l'esistenza di un determinato fatto, basandosi evidentemente su un determinato tipo di prova, quell'accertamento non diventa meno "vero" per il fatto di essere l'unica prova; assisteremmo, altrimenti, al fenomeno per cui lo stesso strumento (la sentenza pronunciata in altro giudizio), se accompagnato da altri (ulteriori mezzi di prova), ha un certo effetto, se invece viene in rilievo *ex se*, ne ha uno diverso, tendenzialmente inferiore. E se è vero che diritto di difesa e principio del contraddittorio imporrebbero di sentire chi non è stato parte del giudizio precedente, si deve valutare anche l'ipotesi in cui questi stessi principi, in specie il diritto di difendersi provando, suggerirebbero di utilizzare quella sentenza *aliunde*, invocata da una parte, a sostegno delle proprie ragioni ove sia l'unico strumento attraverso il quale possa fornirne prova. Certo, se nel nuovo giudizio l'esperimento dell'istruttoria consentisse di raccogliere elementi di prova a detrimento della sentenza *aliunde*, a buon diritto quest'ultima diverrebbe recessiva dal punto di vista probatorio, ma non perché unica prova, dunque dotata dell'efficacia di mero argomento di prova, ma perché superata in grado di convincimento del giudice dagli elementi in senso contrario emergenti nel nuovo giudizio.

Quanto all'efficacia della sentenza *aliunde* quando essa sia passata in giudicato, nonostante l'ampio movimento di opinione che, in svariati ambiti e a più riprese, sta ormai da qualche lustro sottolineando come il giudicato venga progressivamente offuscato da ragioni di giustizia sostanziale che reclamano il proprio acco-

²⁶ Così G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., spec. pp. 426-427.

glimento al di là della pietra tombale della somma preclusione, a mio avviso il ragionamento va spostato sul piano logico e pratico e non soltanto su quello sistematico²⁷. È sufficiente infatti, ancora una volta, limitarsi al piano logico per affermare e constatare come, *ex se*, l'irrevocabilità non paia attribuire alla pronuncia alcuna qualità rilevante in merito alle sue potenzialità dimostrative²⁸. In altri termini, una sentenza, proveniente da qualsivoglia organo o ufficio giudiziario, non è "buona e giusta" per il solo fatto di essere passata in giudicato. Ciò che ne giustifica pienamente, a mio avviso, la più ampia libertà di circolazione all'interno dell'ordinamento, lasciando tuttavia impregiudicata la più ampia libertà del giudice, investito attualmente della decisione su altro caso concreto, di valutarla liberamente, senza essere vincolato dal precedente giudicato²⁹. Se il giudice attualmente investito di un processo ritiene di utilizzare, per la propria decisione, l'accertamento di un fatto da altro giudice compiuto in un diverso processo conclusosi con una decisione divenuta intangibile, potrà naturalmente farlo e, a mio avviso, si potrebbe prospettare una sorta di *relevatio ab onere probandi* proprio perché, su quel fatto che risulta accertato con decisione coperta dal giudicato, è sceso quest'ultimo. Ma se quello stesso giudice ritiene, perché dall'istruzione vivente in corso nel processo che lo occupa emergono elementi che gli fanno apparire quell'accertamento più fragile di quanto la corazza del giudicato mostri da lontano, di non avvalersi di quell'accertamento (e del-

²⁷ Come hanno dimostrato i contributi preziosissimi all'ultimo convegno, il XXX, dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Muravera (Cagliari) nei giorni 2-3 ottobre 2015 e dedicato a "La crisi del giudicato", i cui atti sono in corso di pubblicazione.

²⁸ In questo senso v. M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, cit., spec. p. 175; F. GIUNCHEDI, *Ricorso accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dogma del giudicato*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1229 ss., spec. p. 1231, ove l'a. evidenzia, passando attraverso la giurisprudenza della Suprema Corte, come il principio di intangibilità del giudicato non sia più così assoluto nel nostro ordinamento, come si evince, fra l'altro, anche pensando all'istituto della revisione e al ricorso straordinario ai sensi dell'art. 625-bis c.p.p.

²⁹ E ciò nonostante la norma di cui all'art. 238-bis c.p.p. che, come noto, prevede fra diversi processi penali la possibilità, per il giudice, di utilizzare «ai fini di prova di fatto in esse accertato» le sentenze passate in giudicato emesse in altro giudizio.

le prove su cui è fondato) e di decidere diversamente, è libero di farlo e non potremmo, a queste condizioni, pensare diversamente. Detto in altri termini, un vincolo infrangibile da parte del giudice del processo *ad quem* non è ravvisabile neppure quando la decisione *aliunde* sia passata in giudicato, perché al giudice del processo in corso e diverso possono sempre palesarsi fatti ed elementi che, non rilevanti o trascurati dal giudice *a quo*, se venissero negletti per ossequiare il giudicato *aliunde*, lo condurrebbero ad una decisione “ingiusta”.

A me pare dunque che i diversi ambiti considerati sin qui depongano nel senso della (e quindi consentano di affermare la) separazione fra procedimenti, con abbattimento delle pregiudizialità che, invece, fino a qualche tempo addietro connotavano molte relazioni fra processi (civile e penale, penale e tributario). Separazione fra procedimenti che non contrasta con l'idea, da cui siamo partiti, della comunicabilità fra giurisdizioni, anzi ne esce confermata, essendo infatti speculare e corrispondente alla pregiudizialità necessaria che connotava periodi codicistici e storici improntati alla separazione fra giurisdizioni.

5. *Lo strano caso della materia antitrust*

Non per avventura questo paragrafo si colloca al termine del presente capitolo, dopo che le pagine precedenti tentano qualche affermazione di respiro generale sul tema della decisione *aliunde*. La materia *antitrust* infatti, che non poteva in alcun modo non comparire, ha peculiarità tutte sue che ne impediscono un inserimento nel sistema e nelle categorie note e sopra considerate. Superata l'iniziale delusione di non riuscire a proporre un inquadramento sistematico, salvo accettare di tirare ora qua e ora là la coperta ignorando le zone scoperte che comunque residuerebbero, ritengo segno di maturità la consapevole presa di realtà e l'accettazione di alcuni dati di fatto, innegabili perché promananti da fonti normative, dunque criticabili al più soltanto *de iure condendo* (prospettiva peraltro assai poco probabile), e giusti-

ficati dalla peculiarità della materia cui ineriscono e dalla cornice in cui essa vive³⁰.

Per spiegare questo *incipit* apparentemente criptico, ma tale solo perché condensa *in nuce* i profili essenziali del tema che ora ci occupa, è bene muovere dal panorama interno. È noto come, in materia *antitrust*, il legislatore abbia istituito un doppio binario di tutela, il c.d. *public enforcement* accanto al c.d. *private enforcement*: del primo conoscono in prima battuta l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, in seconda, il Tar Lazio; del secondo si occupa il giudice civile ordinario³¹. Poiché sovente quest'ultimo viene adito a seguito della declaratoria, in sede di *public enforcement*, dell'illeceità della condotta censurata in quanto in violazione delle norme in materia di concorrenza che proteggono il mercato (in questo caso si parla di azione *follow-on*, mentre viene definita *stand-alone* la tutela civile quando non è preceduta dalla sede amministrativa), la giurisprudenza si è trovata ad affrontare il problema dell'esistenza prima, e dell'intensità poi, di un vincolo del giudice civile ordinario rispetto ai risultati promananti dalla sede amministrativa³².

Considerando qui ora i passaggi fondamentali delle pronunce emesse dalla Suprema Corte, si rileva, a mio avviso, la totale man-

³⁰ Sulla stessa lunghezza d'onda, si conclude interrogativamente l'intitolazione del paragrafo di M. NEGRI, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, p. 259, «[...] verso un diritto processuale speciale per la tutela della concorrenza?».

³¹ Sul tema v. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006; G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità garanti*, Milano, 2000; M. LIPARI, *Il processo speciale accelerato*, Milano, 2003; M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, opere tutte cui rimando qui in via generale. V. anche, per i profili costituzionali e sulla natura delle autorità, M. MANETTI, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2002.

³² Com'è noto, sul punto sono ravvisabili essenzialmente due opinioni. Secondo la prima, il giudice civile sarebbe in linea di principio vincolato dai provvedimenti dell'Autorità garante, salva disapplicazione; ad avviso dei secondi, invece, il provvedimento amministrativo non rileverebbe nel processo civile ed esaurirebbe la propria efficacia nell'ambito di competenza ad esso proprio, non essendovi alcuna norma che preveda un'efficacia *extra moenia*. Per le opinioni riportate e la dottrina di riferimento, v. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., spec. pp. 50-56 e la bibliografia di cui rispettivamente alle note 148 e 167.

canza di un percorso, ciò che invece dovrebbe essere ravvisabile in un orientamento giurisprudenziale *in fieri*, unita ad una notevole confusione di idee e concetti giuridici che, paradossalmente, aumentano anziché diminuire al succedersi delle pronunce.

È pulito il linguaggio della Cassazione allorché muove i primi passi sul delicato terreno in discorso: essa infatti ritiene «corretto che il giudice *faccia riferimento* alle conclusioni delle indagini svolte dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato e agli ulteriori elementi di valutazione che dalle conclusioni assunte dall’Autorità è lecito trarre, ma tali elementi ben possono *andare ad aggiungersi* alle deduzioni e alle prove offerte dalle parti nel giudizio [...] la decisione dell’Autorità garante o dei giudici amministrativi riveste un *ruolo significativo* nell’accertamento dell’intesa [...] costituendo *prova privilegiata* della sussistenza del comportamento accertato [...] tuttavia nel giudizio in sede civile è possibile offrire sia prove a sostegno di tale accertamento [...] sia prove contrarie»³³. Trapela, dal passaggio destinato alla soluzione della questione, un’apertura controllata della porta del giudizio civile rispetto alle risultanze della sede amministrativa, che si afferma di poter superare offrendo prova contraria a quanto da esse emerge.

Non passa molto tempo e alla già limitata apertura si pongono ulteriori freni; la prova contraria di cui si era poc’anzi affermata l’ammissibilità, infatti, ad avviso della Suprema Corte «*non può avere ad oggetto* circostanze attinenti alla situazione generale del mercato assicurativo [...] ed in particolare *le medesime circostanze che l’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha tenuto presenti* nel formulare il suo giudizio [...]»³⁴. L’affermazione compiuta è gravida di conseguenze, perché significa ammettere che le circostanze sul cui fondamento l’autorità amministrativa si è pronunciata, quindi quelle fondanti in senso pregiudicante il giudizio civile a valle, vincolano il giudice, che deve ritenerle per esistenti nei modi e nei termini risultanti dalla pronuncia resa in sede di *public enforcement*.

Se fin qui si può concordare o meno con le posizioni assunte

³³ Così Cass. civ., sez. I, sent. 13 febbraio 2009, n. 3640 (mio il corsivo a sottolineare i passaggi cruciali qui e per tutte le pronunce menzionate successivamente).

³⁴ V. Cass. civ., sez. III, sent. 10 maggio 2011, n. 10211.

dalla Cassazione e che risultano quantomeno comprensibili, nelle pronunce successive il linguaggio si fa opaco, quando non addirittura, talvolta, approssimativo: il vertice dell'ordinamento giudiziario annaspa e l'interprete vede la nebbia infittirsi. Come sempre accade quando le idee non sono chiare, si sprecano molte parole. Leggiamo infatti che «non è questa la sede per valutare se di vero e proprio *giudicato ultra partes possa perfino, ma effettivamente con qualche seria perplessità*, argomentarsi [...] indubitabile è che, per garantire la tutela dei diritti degli effettivi destinatari del complesso sistema suddetto, ciascuno di costoro debba potersi avvalere, nel singolo processo da lui intentato, *come dato acquisito e cioè non più bisognevole di accertamento*, di quanto accertato in danno di chi sia effettivamente accertato come autore di quelle violazioni [...] la finalizzazione dell'attività di istruzione ed accertamento dei fatti compiuta, con mezzi di gran lunga maggiori di quelli normalmente a disposizione del singolo utente o consumatore, dall'Autorità garante integra [...] una sorta di stadio avanzato o preliminare di quelle devolute istituzionalmente al singolo giudice civile [...] in tal senso può parlarsi allora di *prova privilegiata, se non di vera e propria presunzione iuris tantum o comunque elemento di prova fondato sulla teoria della c.d. prova atipica, benché non già di prova legale* [...] il giudice del merito *non solo può, ma deve*, se tanto viene invocato dal danneggiato, prendere a base delle sue valutazioni di fatto le conclusioni e gli elementi probatori raggiunti ed acquisiti nel procedimento amministrativo e nel successivo giudizio davanti al relativo giudice [...] il ruolo degli elementi probatori già valutati dall'Autorità garante prima e dal giudice amministrativo poi non può che coincidere, *se non altro come punto di partenza*, con quello riconosciuto ad essi in quella sede [...] si tratta in definitiva di *modulare e calibrare* [...] le reciproche facoltà istruttorie delle parti dei singoli processi di danno e di *applicare principi generali in tema di ricostruzione della prova* dei fatti [...] *impregiudicato l'esito* degli elementi già acquisiti da Autorità garante e giudice amministrativo [...]»³⁵. In mezzo a tanta confusione e a concetti giuridici richiamati a cuor leggero saltando da uno all'altro senza prendere una posizione chia-

³⁵ Questo si legge in Cass. civ., sez. VI, ord. 23 aprile 2014, n. 9116.

ra (prova privilegiata/atipica/legale), sconfinando nel giudicato ma “con qualche seria perplessità” (e allora perché non lasciarlo nella penna, vien naturale domandarsi), si percepisce soltanto, benché non se ne ricostruiscano le ragioni giuridiche a fondamento, l’indubitabilità di un effetto pregnante delle valutazioni della sede amministrativa che il giudice civile “deve” prendere come base per le proprie considerazioni.

Quelle ragioni di cui lamentavo la mancanza poc’anzi fanno capolino in un provvedimento non di molto successivo, in cui la Suprema Corte si sofferma, innanzitutto, sulla «complessità dell’accertamento delle condotte anticoncorrenziali», ciò che «esclude di fatto che esse possano essere dedotte e provate dal singolo consumatore o concorrente»; ricostruito il sistema di tutela in materia *antitrust*, poi, la Suprema Corte prende una posizione netta, affermando che «il provvedimento assunto dall’Autorità garante non è vincolante per il giudice ordinario, neppure nel caso in cui abbia superato con successo il vaglio del giudice amministrativo [...] perché il privato consumatore è normalmente estraneo al giudizio amministrativo e perché il giudicato amministrativo si forma soltanto sulla legittimità dell’atto assunto dall’Autorità garante» e concludendo nel senso per cui «nel giudizio civile il provvedimento del Garante abbia una *elevata attitudine probatoria* tanto con riferimento all’accertamento della condotta anticoncorrenziale quanto alla idoneità a procurare un danno ai consumatori»³⁶. La più piana scorrevolezza di questa decisione, tuttavia, non è esente da possibili critiche; in un denso passaggio intermedio in cui la Corte ricostruisce il sistema di tutela *antitrust*, infatti, essa stessa afferma che le due tutele, quella davanti all’autorità amministrativa e la tutela ordinaria, «sono tra loro complementari», poiché «la sinergia delle due tutele accresce l’efficacia complessiva della normativa *antitrust*»; se così è, mi pare che sia innegabile la contraddittorietà di questa affermazione con quanto la Corte conclude e sancisce, ovvero che il provvedimento amministrativo non sia vincolante per il giudice ordinario: come si concilia la non vincolatività con la complementarietà? Evidentemente, non certo ammettendo che il giudice ordinario possa prendere decisioni

³⁶ Così Cass. civ., sez. I, sent. 28 maggio 2014, n. 11904.

in contrasto con quanto emerge dal provvedimento amministrativo; ma se allora il giudice civile non può assumere decisioni in difformità rispetto al Garante, allora il provvedimento di quest'ultimo è vincolante, verrebbe da concludersi.

Le complicazioni non sono destinate ad esaurirsi in questi rilievi perché nell'ultima pronuncia in considerazione la Suprema Corte³⁷ comprende qualcosa che, qua e là, era trapelato anche nelle precedenti pronunce, ma che ora vuole affermarsi con tutta la decisività che all'argomento compete, ovvero l'impossibilità di ragionare sul tema con i paraocchi dei confini nazionali, essendo invece necessario affrontare l'argomento, e ricercare le relative soluzioni, alla luce degli orientamenti emergenti a livello europeo. Ciò rende necessario aprire una parentesi per ripercorrere, in via di estrema quanto imprescindibile sintesi, i passaggi fondamentali dell'evoluzione europea sul punto. Accade per la prima volta a livello giurisprudenziale, e non normativo, che venga affermata espressamente l'efficacia vincolante, per il giudice nazionale, di tutte le decisioni della Commissione adottate ai sensi degli artt. 81 e 82 tr. Ce³⁸. Il passaggio viene ulteriormente rafforzato ed esplicitato nella struttura del regolamento Ce n. 1 del 2003 di poco successivo. Oltre alle affermazioni tutt'altro che trascurabili contenute nel preambolo, la norma più importante del regolamento è rappresentata dall'art. 16; esso, infatti, impone ai giudici nazionali non soltanto di non prendere decisioni in contrasto con la decisione già presa dalla Commissione sul medesimo caso, ma anche di evitare decisioni in contrasto con quelle della Commissione in procedimenti da questa avviati e non ancora conclusi, valutando l'eventuale sospensione dei procedimenti che pendono dinanzi ad essi³⁹. In questa stessa direzione si colloca

³⁷ V. Cass. civ., sez. I, sent. 4 giugno 2015, n. 11564.

³⁸ V. Corte giust., sent. 14 dicembre 2000, C 344/98, *Masterfoods c. HB Ice Cream*. V. in dottrina, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., p. 79.

³⁹ V. P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 97 ss., spec. p. 106 ss., ove l'a. nota come, pertanto, nel sistema del regolamento le sentenze del giudice nazionale e le decisioni amministrative della Commissione siano ricondotte al medesimo *genus* di decisione, e come la sospensione possa aversi non fra due processi ma fra un processo e un procedimento, la decisione del quale è destinata a prevalere su quella

la direttiva del Parlamento e del Consiglio n. 104 del 26 novembre 2014⁴⁰, la quale, disciplinando le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, e sviluppando l'anima del reg. n. 1 del 2003 nel senso di ribadire come i binari pubblico e privato in materia *antitrust* debbano «interagire assicurando la massima efficacia delle regole di concorrenza»⁴¹, e che «gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza»⁴², stabilisce, amplificando quanto l'art. 16 reg. n. 1 del 2003 prevede con riguardo agli effetti delle decisioni della Commissione sui giudizi civili, che «gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza *constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale* garante della concorrenza o di un giudice sia ritenuta *definitivamente accertata* ai fini dell'azione per il risarcimento del danno [...]»⁴³. Ciò che più colpisce, almeno a mio avviso, è la completa equiparazione del giudice all'autorità amministrativa, nel senso che a contare è la definitività dell'accertamento, a prescindere da chi questo promani, se dal giudice o dall'autorità amministrativa⁴⁴. La parola “accertamento”, usata al participio, a rigore non è neppure

giurisdizionale. Ad avviso di M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., pp. 80-82, dopo l'entrata in vigore del reg. n. 1 del 2003 non può più dubitarsi del carattere vincolante, per il giudice nazionale, della previa decisione della Commissione, sia nei confronti delle autorità garanti nazionali che del giudice nazionale.

⁴⁰ Pubblicata in *Gazz. uff. com. eur.*, 5 dicembre 2014.

⁴¹ Così il considerando n. 6 nel preambolo alla direttiva.

⁴² V. art. 4 della direttiva n. 104 del 2014.

⁴³ Così l'art. 9 della direttiva n. 104 del 2014. Per le perplessità destinate in dottrina dalla nuova presa di posizione, v. M. NEGRI, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, cit., p. 307 ss.

⁴⁴ Ad avviso di P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie – verso nuove forme di giudicato*, in AA.VV., *La crisi del giudicato*, in *Atti del XXX Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, in corso di pubblicazione, sub § 3 del manoscritto, si tratta di una forma di «progressivo avvicinamento (se non la sostanziale equiparazione) all'efficacia tipica del giudicato».

re corretta se è vero che, come mi pare si possa concordare, gli organi che decidono in materia di concorrenza non compiono “accertamenti”, bensì “verifiche”⁴⁵.

Al di là delle considerazioni critiche che la dottrina ha elaborato sul punto, sta di fatto (ed è qui la ragione per cui questo paragrafo è come un fuor d’opera nel presente capitolo e non precede invece le conclusioni che si sono tratte nel paragrafo *supra*) che l’intervento a gamba tesa del legislatore europeo attraverso l’art. 9 della direttiva 104 del 2014 e il principio in esso contenuto, sanciscono, se mai vi fossero ancora dubbi in proposito, che la decisione resa in sede amministrativa e ivi definitiva vincola il giudice del processo civile. Possiamo continuare a chiederci se ciò sia coerente dal punto di vista del sistema e della teoria generale del processo (e la risposta è no, evidentemente), ma forse possiamo più proficuamente, anche se non vogliamo sposarlo, comprendere il punto di vista del legislatore europeo, al quale poco importa la coerenza sistematica, più adatta all’idealismo e poco confacente al sano pragmatismo di chi deve fare quadrare i conti, e a cui preme invece assai il criterio dell’opportunità, intesa come “che cosa si deve fare per raggiungere quel risultato”. Se una regolamentazione compatta e unitaria del regime della concorrenza in Europa postula che la Commissione, e quel suo braccio destro rappresentato dalle autorità garanti negli ordinamenti nazionali, dettino la rotta e che a questa i giudici nazionali si uniformino, non creando con decisioni difformi crepe nel muro, *nulla quaestio*, e lo si stabilisce espressamente in una norma di legge. Punto.

Certo, è vero che la Commissione e le autorità garanti nazionali mancano di quella terzietà che è invece caratteristica indefettibile del giudicante⁴⁶. Come è vero che in capo alla Commissione, come pure alle autorità garanti o indipendenti *tout court*, è ravvisabile una

⁴⁵ Così P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., p. 110.

⁴⁶ V. per tutti *ibidem*, spec. pp. 100, 104, 107 e 108, al cui avviso proprio la mancanza di una limpida condizione di terzietà alle autorità garanti impedisce di riconoscere natura giurisdizionale alle medesime e alle decisioni da esse promananti, a seguito di modalità di prova e di contraddittorio non identiche a quelle del codice di procedura civile. La mancanza di terzietà in capo alla Commissione risulta confermata anche dalle Comunicazioni fra quest’ultima e le giurisdizioni degli Stati membri (v. *Gazz. uff. com. eur.*, C 101 del 27 aprile 2004), ove si legge, ai punti 8

natura amministrativa e non giurisdizionale, ancorché esse conoscano procedimenti altamente processualizzati⁴⁷. Questi due dati, innegabili, non possono impedire, tuttavia, di prendere atto di altri dati, parimenti innegabili. Innanzitutto, la complessità dei rapporti e delle fattispecie materiali, e quindi del contenzioso che può derivarne: ciò richiede la messa in campo di organi *ad hoc* che se ne occupino in via specialistica, con i macropoteri che una macromateria richiede (e di questi la concorrenza è esempio emblematico, ma si pensi alle telecomunicazioni e ad altri settori non meno espansi); abbiamo assistito così alla creazione di organi che nascono amministrativi, e tali rimangono, ma che per funzione divengono paragiurisdizionali. E se le categorie del processo e il suo sistema rendono difficile per lo studioso l'inquadramento di queste figure (tant'è che si isola la relativa tessera a margine del mosaico), la legislazione ne comanda la digestione.

Se poi vogliamo soffermarci sul punto di vista teorico e interrogarci sull'efficacia della decisione del Garante ovvero dell'istruttoria compiuta dinanzi ad esso⁴⁸, a me pare che si possa convenire su

e 9, che la Commissione «è responsabile della definizione e dell'orientamento della politica europea della concorrenza».

⁴⁷ Sottolinea gli sforzi compiuti per assicurare il diritto di difesa dinanzi alla Commissione e alle autorità garanti, di cui è conferma la tendenza a processualizzare le regole decisorie, sia in sede europea (artt. 17-22 reg. n. 1 del 2003) sia in sede nazionale (v. il regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di cui al d.P.R. n. 217 del 30 aprile 1998), anche P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., p. 108. Assai critica nei confronti dell'impostazione di matrice europea è poi M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., p. 153 ss., ove l'a. sottolinea come a suo avviso l'autonomia e l'indipendenza del processo e la tutela del diritto di difesa delle imprese coinvolte imporrebbero di negare agli apprezzamenti dell'Autorità garante efficacia formalmente vincolante, facendo salvo il potere-dovere del giudice di procedere ad una autonoma ricostruzione dei fatti.

⁴⁸ Ampiamente studiato è il tema dell'istruttoria davanti agli organi indipendenti in discorso, per tutti rinvio qui alle considerazioni di P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., spec. p. 105 ss.; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., spec. p. 154 ss., ove l'a. nota come l'istruttoria del Garante sia informata al principio inquisitorio e possa contare su poteri investigativi penetranti e superiori alle regole di *discovery* del processo civile, potendo il Garante avvalersi della Guardia di finanza per i suoi poteri di ispezione e richiedere informazioni e documenti a imprese e a terzi, essendo peraltro dotato del potere di irrogare consistenti sanzioni pecuniarie

due elementi. Il primo: la riflessione deve avere ad oggetto l'efficacia della decisione del Garante e non dei singoli atti istruttori compiuti davanti a questo e posti a fondamento della decisione, perché fare altrimenti significherebbe ammettere che quegli stessi elementi che hanno portato il Garante a decidere in un senso potrebbero, davanti al giudice ordinario, essere interpretati per decidere in senso diverso. Ad ogni modo, se si pone il quesito di quale efficacia possa attribuirsi agli atti istruttori che, assunti davanti al Garante, trasmigrino nel giudizio ordinario, a me pare che si possa ad essi estendere la medesima articolata risposta offerta *supra* a proposito della trasmissione della prova e a cui rinvio; non rilevando, in senso contrario, che ad assumerla non sia stato un giudice (e non solo perché, come si è visto, il livello europeo ormai equipara giudice e amministrazione ove essa decida, ma anche perché lo stesso processo civile conosce ipotesi di decisione fondate su prove non formate direttamente "dal giudice" ma solo al suo cospetto, si pensi alla consulenza tecnica, per fare un esempio, che è emblematica di come spesso il giudice ci sia ma quale spettatore del consulente e, se non ci fosse, non se ne avvertirebbe la differenza); inoltre, perché l'ispezione e l'informazione in materia di istruttoria *antitrust* hanno comunque ad oggetto la dimostrazione di un fatto storico (ad esempio, aver trovato nella sede dell'impresa documenti che provino l'esistenza dell'accordo anticoncorrenziale); infine perché, almeno a mio avviso, in queste fattispecie, e pare esserne ben consapevole il legislatore europeo, la verità vale più del diritto di difesa e del contraddittorio (si pensi al caso in cui, per esempio, al fine di rispettare l'idolo del diritto di difesa nella formazione della prova, non si ritengano acquisibili al giudizio civile gli strumenti istruttori che, in sede amministrativa, hanno consentito, magari attraverso un'ispezione o un interrogatorio a sorpresa, di recuperare documenti o informazioni fondamentali che non sarebbero più reperibili ove ritenessimo di dover avvisare l'ispezionando o l'interrogando, o a quanto potrebbe accadere ove si ritenesse che ciò che è stato acquisito nella sede amministrativa non è

che rendono detto potere effettivo. V. anche M. NEGRI, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, cit., spec. pp. 299-305, sulla asimmetria informativa delle parti che connota in modo del tutto peculiare il contenzioso *antitrust*.

sussumibile nel processo civile per la differenza di struttura e di disciplina dei due contenitori procedurali)⁴⁹.

⁴⁹ Si esprime a favore dell'utilità di avvalersi, nel processo civile, delle prove raccolte dal Garante, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., p. 156 ss. Per rimediare, tuttavia, al rischio di violazione del diritto di difesa e al contraddittorio paritario nella formazione della prova, l'a. ritiene di consentire efficacia alla prova *aliunde* solo ove non ripetibile e a condizione che alla parte contro cui viene fatta valere siano state assicurate adeguate possibilità partecipative (v. spec. pp. 160-161). Per i motivi già esposti nel testo, non condivido il pensiero esposto, perché il criterio della *ripetibilità* del mezzo istruttorio è di assai facile verifica (si pensi, per esempio, ad un'ispezione), e l'effettiva *ripetizione* dell'atto sconta il rischio del mancato reperimento degli elementi reperiti e repertati nel corso della precedente ispezione e probabilmente non più disponibili. Di diverso avviso all'idea espressa sopra nel testo sembra invece il pensiero di P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, cit., p. 108, per cui «non è ammissibile una verità senza contraddittorio, anche ove si avesse l'impressione che un'indagine unilaterale potrebbe portare ad un grado di verità maggiore [...]».

PARTE QUARTA
ALCUNE POSSIBILI CONCLUSIONI

CAPITOLO IX

FRA ATTENUAZIONE DEI CONFINI ED ESIGENZA DI ASSICURAZIONE DELLE GARANZIE

SOMMARIO: 1. Intorno alla trasmigrazione di materiale processuale in generale. – 2. Quando a trasmigrare è la prova. – 3. La specialità necessaria dell'arbitrato.

1. *Intorno alla trasmigrazione di materiale processuale in generale*

Il tentativo di ricostruzione operato nei capitoli precedenti, e che riprendo *infra* sinteticamente per punti, conforta nel senso di proporre alcune conclusioni.

Un primo dato da cui prendere le mosse, e che pare difficilmente confutabile in quanto chiaramente emerso, è quello della progressiva comunicazione fra giurisdizioni distinte. Un tempo separate da muri che parevano (o forse era più comodo pensare fossero) invalicabili, e che invece sono caduti al soffio delle idee corollario della globalizzazione (la libertà di circolazione, la caduta delle frontiere, la perdita di significato della cittadinanza, la mercificazione del prodotto giurisdizionale) e della mutata percezione della giurisdizione non più come sovranità bensì come servizio¹, le giurisdizioni contemporanee non sono più in stabile relazione di chiusura, cui è possibile fare eccezione aprendo un pertugio, bensì in normale relazio-

¹ V. G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, cit., p. 829.

ne di apertura e dialogo, cui è eccezionalmente concesso di derogare chiudendo la porta².

Il ragionamento può muovere su un piano interno o su quello transfrontaliero, ma identica è la sensazione suscitata dal mutamento descritto, ovvero «una sorta di timore del mare aperto» dell'unità funzionale della giurisdizione³, cui non si era abituati a pensare. Il suaccennato timore, legittimo in quanto è sconosciuta e nuova la situazione da cui è generato, non elimina tuttavia uno dei risultati che tale unità della giurisdizione produce, ovvero la creazione di «canali di comunicazione processuale» tra le giurisdizioni⁴⁵. Se canali si aprono, è perché essi costituiscano via di transito tra le acque così collegate; e se tali acque, fuor di metafora, sono rappresentate da processi, le imbarcazioni non possono che trasportare attività processuale. Già il semplice argomento della comunicabilità fra giurisdizioni, pertanto, porta logicamente a immaginare un *favor* piuttosto che un *non favor*, per la circolazione di materiale processuale⁶.

Secondariamente, ho ritenuto di sottolineare come la giurisdizione sia da considerarsi condizione per rendere una decisione valida sul merito ma non per la valida assunzione dei mezzi di prova⁷,

² V. *amplius sub cap. II*.

³ L'espressione, riferita all'ordinamento interno, è di A. PAINO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., spec. p. 889.

⁴ Prosegue utilizzando un efficace linguaggio legato al mondo dei liquidi P. DE LISE, *Prefazione*, cit., p. 8, ove l'a. ragiona considerando i rapporti tra processo civile e processo amministrativo, sostenendo che il cittadino deve essere messo in condizione di recuperare il più possibile l'attività processuale già svolta, per non essere penalizzato da quella diversità di giurisdizione che per lui, come sottolineato nella più volte richiamata pronuncia della Consulta (n. 77 del 2007), deve costituire un vantaggio.

⁵ Non si può tuttavia omettere come autorevole dottrina affermi l'opinabilità del principio di unità della giurisdizione (così M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., spec. p. 17), poiché l'unità funzionale non elide la differenza organica fra le procedure, che sono diverse al pari delle esigenze sottese ai diritti che nel loro ambito trovano tutela. A mio avviso l'argomento della diversità delle procedure non è dirimente perché, *a contrario*, se ne dovrebbe allora dedurre che ove le procedure si avvicinino (come è accaduto, per esempio, fra processo civile e processo amministrativo), la conclusione muti nel senso della sostenibilità dell'unità della giurisdizione. Ma su questo punto si tornerà oltre nel testo.

⁶ Sul *favor* che in tal senso si respira a livello di Unione europea, v. *supra sub cap. I*, § 5.

⁷ V. *sub cap. I*, §§ 2 e 4, *cap. II*, § 5.

e come il principio del contraddittorio nella formazione della prova non sia principio costituzionale⁸. E ancora, ho cercato di dimostrare come la diversità di oggetto fra processi e la diversità delle parti non siano aprioristicamente un ostacolo alla trasmigrazione di materiale processuale da una giurisdizione ad un'altra⁹, e lo stesso valga per l'ipotesi in cui sia il giudice ad essere diverso¹⁰. Quanto in particolare alla diversità di parti, non lo si ripete abbastanza, a me sembra che possa supplire il recupero, questo sì ineliminabile, del principio del contraddittorio con riferimento al materiale circolante¹¹. Detto in altri termini e sotto altra luce, la mancata partecipazione di una parte (ora presente nel processo *ad quem*) al giudizio *a quo* in cui si formò il materiale processuale della cui trasmigrazione si discute e le cui parti sono diverse rispetto al primo giudizio, non necessariamente integra una violazione del principio del contraddittorio, potendo (e dovendo) questo ben essere recuperato nel giudizio fra le diverse parti fra cui si litiga ora; e ciò perché, come ha sottolineato la migliore dottrina, occorre distinguere violazioni del contraddittorio "nocive", e quindi denunciabili fruttuosamente anche in fase di gravame quale autonomo vizio della sentenza, e violazioni in concreto palesemente "innocue", e quindi sanate o sanabili¹².

Ho poi proposto la teoria della prova validamente assunta come "effetto processual-sostanziale della domanda", da cui deriva il corollario per cui, al pari degli altri effetti, esso si produce a seguito della proposizione della domanda e si conserva in ipotesi di riassunzione, e quindi di prosecuzione, del processo¹³.

Il volo d'uccello su altri riti aveva lo scopo di dimostrare l'ine-

⁸ V. *supra* sub cap. III, § 3.

⁹ V. *sub* cap. III, § 4.

¹⁰ V. *sub* cap. III, § 5.

¹¹ Come nota anche L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., spec. p. 213, le parti del processo *ad quem* dovrebbero conservare intatta ogni possibilità di contestazione, controprova e difesa, mediante l'esercizio del diritto di produrre, dedurre e far acquisire o assumere tutte le ammissibili forme di prova contraria rispetto a quanto sembra emergere dal materiale proveniente dal processo *a quo*.

¹² In questi termini v. C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 355 ss., spec. p. 360.

¹³ V. *sub* cap. III, § 7.

sistenza, fra i diversi modelli processuali considerati, di differenze idonee ad impedire fenomeni osmotici¹⁴, rispetto ai quali non assume particolare significato neppure l'avvenuto passaggio in giudicato, o meno, della sentenza che chiude il processo al cui interno fu formato il materiale processuale della cui trasmigrazione si tratta¹⁵. Quanto alle differenze di procedura fra i riti considerati, a mio avviso è sostenibile che esse, *ex se*, non siano impedimenti rispetto alla trasmigrazione di materiale processuale da un plesso giurisdizionale all'altro, e ciò in base, principalmente, a due considerazioni. Innanzitutto, sulla base della ritenuta unità della giurisdizione; e, poi, in virtù della considerazione che, in ogni processo, dovrebbe essere stato applicato il principio del giusto processo. Quando infatti l'art. 111, comma 1°, Cost., afferma che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo [...]», fa riferimento alla giurisdizione *tout court* in qualsivoglia sua manifestazione. Pertanto, il materiale processuale formatosi in un “giusto processo regolato dalla legge” può ritenersi idoneo alla circolazione negli altri ambiti della unitaria giurisdizione dell'ordinamento, senza che le differenze di procedura proprie di ogni ambito, e tuttavia rispettose del principio del giusto processo (pena altrimenti l'incostituzionalità del rito considerato), siano determinanti in tal senso. Quanto poi all'ipotesi in cui la trasmigrazione riguardi attività coperte dal passaggio in giudicato, non si poteva non richiamare quanto da tempo sottolineato dalla migliore dottrina, ovvero che la cosa giudicata non garantisce né che la sentenza sia giusta, né che “giustamente”, dal punto di vista delle garanzie costituzionali s'intende, si sia svolto il processo che a quella sentenza ha condotto, né garantisce a monte la bontà delle prove assunte o acquisite in quel processo e sulla cui base sia stata presa la decisione che ha condotto a quel giudicato¹⁶. Il giudicato in sé e per sé, pertanto, non è elemento la cui presenza avvalori la bontà, e

¹⁴ V. *supra sub* capp. IV, V e VI.

¹⁵ V. *sub* cap. VIII.

¹⁶ Per dirla con parole pronunciate dalla Consulta, v. Corte cost., sent. 11 marzo 1971, n. 55, «la sentenza non può essere considerata, benché passata in giudicato, una sorta di prova legale, poiché la sentenza contiene non una documentazione di fatti che il giudice attesta veritieri, bensì una valutazione di circostanze al fine della formazione del suo convincimento». L'affermazione è compiuta dalla Consulta con riguardo ad una fattispecie relativa a sentenza penale, ma a mio av-

quindi l'efficacia, del materiale processuale trasmigrante e formatosi nel processo *a quo* cui quel giudicato si riferisce.

Attraverso tutti i suddetti passaggi ho ritenuto di giungere alla conclusione, con riferimento in particolare alla prova, che due soltanto sono le condizioni da rispettarsi ai fini della possibile circolazione: la valida assunzione nel processo *a quo*¹⁷ nella consapevolezza che la prova trasmigra nel giudizio *ad quem* con il valore che là le è proprio e non con quello che essa ha nel processo di origine¹⁸.

Gli argomenti ora ripercorsi sono a mio avviso persuasivi, ma *ad abundantiam* si consideri altresì il seguente ragionamento. Si ponga mente a quello che è l'obiettivo del processo, il fine, qualsivoglia sia il rito (civile, penale, amministrativo, tributario, ecclesiastico, *et coetera*). Potremmo ragionevolmente individuarlo in due elementi: che la parte ottenga una pronuncia sulla *res litigiosa* che l'ha portata a rivolgersi al giudice; che questa decisione sia «giusta»¹⁹ ed «effettiva»²⁰. Se consideriamo valide queste premesse, se ne può dedurre che il materiale processuale formato nel rispetto dei principi costituzionali che presiedono al “giusto processo” e utile ai fini dell'accertamento del *thema decidendum* oggetto di altro giudizio,

viso ben può avere portata generale estensibile a ogni sentenza suscettibile di passaggio in giudicato.

¹⁷ V. *sub cap.* III, §§ 4 e 5.

¹⁸ V. *supra cap.* VII, § 4.

¹⁹ Naturalmente, d'accordo con A. CARRATA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., p. 37, si ritiene che il rispetto dei principi del “giusto processo” sia necessario per avere una decisione “costituzionalmente legittima”, ma per aversi una “decisione giusta” il giudice dovrà non soltanto validamente individuare e interpretare la norma da applicare al caso concreto, ma anche e soprattutto procedere ad una ricostruzione veritiera e razionalmente controllabile delle allegazioni fattuali che sostanziano l'affermato caso concreto.

²⁰ Come nota efficacemente L.P. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1509 ss., spec. p. 1520 ss., l'effettività, minimo comune denominatore di tutte le garanzie del processo “giusto”, anche se non codificata espressamente dalla Carta costituzionale, non comporta che le singole garanzie del giusto processo e le forme di tutela debbano essere disciplinate in modo identico, a prescindere dal tipo di procedimento o dalla singola fase processuale, occorrendo invece una valutazione caso per caso che verifichi la “ragionevolezza” di ogni disciplina differenziata, con riferimento ai principi costituzionali e alle caratteristiche sostanziali delle situazioni tutelate. Dal ragionamento condotto dall'a., pertanto, sembra lecito dedurre che a diversità di forma procedurale o procedimentale non corrisponda *ex se* una decisione “ingiusta”.

appartenente al medesimo o ad altro plesso giurisdizionale, non possa vedersi negare l'ingresso in quest'ultimo aprioristicamente. Ove poi si trattasse, nella fattispecie, della trasmigrazione di un mezzo di prova, un eventuale veto alla circolazione andrebbe posto ancor più ponderatamente perché, come ha sottolineato la migliore dottrina, non possono essere disperse a cuor leggero prove che possono contribuire alla formazione del convincimento del giudice²¹.

2. Quando a trasmigrare è la prova

Ove si ragioni non in termini di materiale processuale in generale, bensì di mezzi di prova in particolare, alcuni spunti meritano di essere ripresi in questa sede.

Innanzitutto, ancorché sia emerso ormai in più punti la conclusione a cui sono approdata, ovvero che la prova *aliunde* sia idonea alla circolazione anche fra riti diversi (in quanto non esistono ostacoli formali essendosi ogni processo svolto secondo i canoni del "giusto processo") e fra parti diverse (rispetto alle quali evidentemente opera la garanzia del principio del contraddittorio), è doveroso ricordare l'opinione di autorevole dottrina la quale, ove la prova sia ripetibile, ritiene che sia comunque preferibile ripeterla, e ciò *a fortiori* ove si ragioni con riferimento a processi aventi parti (e quindi oggetto) diversi²².

²¹ Così G. VERDE, *Prove nuove*, in AA.VV., *Le prove nel processo civile*, in *Atti del XXV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, Milano, 2007, p. 1 ss., spec. p. 24, ove l'a. compie l'affermazione con riferimento alle prove raccolte dinanzi a giudice incompetente o in un altro processo tra le stesse o tra altre parti o agli accertamenti fissati in una sentenza resa in un diverso processo (v. *ivi*, p. 23).

²² *Ex multis* in questo senso v. L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., p. 70, ove l'a. ritiene fuor di dubbio che la prova ontologicamente ripetibile, assunta in un processo con parti e oggetto diversi, possa essere utilizzata con la sua originaria efficacia; G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., spec. p. 222, per cui la ripetizione della prova garantisce il contraddittorio alle parti del processo in cui essa esplica la sua efficacia. Merita di essere segnalata l'opinione di S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., p. 847, ove l'a. precisa che, anche quando la prova sia ripetibile, si potrebbe fare a meno della rinnovazione ove le parti siano tutte concordi nel

Questa osservazione conduce ad allargare il ragionamento. In alcune pagine precedenti ho posto la questione di ciò che possa intendersi per “prova”, e qui in sede di conclusioni è opportuno cercare di trarre alcune fila sul tema. Una riflessione in materia di circolazione, infatti, si scontra inevitabilmente con l’approccio alla nozione di “prova”: intendendo quest’ultima rigidamente, infatti, è alto il rischio di ritenere che tutto ciò che non rientri o sia difforme rispetto a questo canone vada tenuto al di fuori di ogni sede processuale che sia differente, sotto uno o più aspetti, rispetto a quella in cui quella prova fu formata; mentre un approccio più elastico porta certamente acqua al mulino della trasmigrabilità. Ora, a me pare da condividere il *modus videndi* di quella dottrina che ritiene preferibile la suddetta elasticità, ritenendo che si possa considerare “prova” tutto ciò che serve logicamente a dimostrare la rispondenza al vero di un enunciato fattuale e non soltanto ciò che la legge qualifica come tale²³⁻²⁴.

Per comprendere che cosa possa quindi essere considerato “prova” e che cosa *a contrario* non lo sia, occorrerebbe rifarsi non tanto

non volere la rinnovazione, salvo che il giudice non abbia il potere di disporre la rinnovazione d’ufficio e la ritenga indispensabile ai fini della formazione del proprio convincimento.

²³ V. in questo senso G.M. CIPOLLA, voce *Prova (diritto tributario)*, cit., p. 7; A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, cit., p. 262, ove l’a. chiarisce come per “prova” possa intendersi non soltanto il singolo mezzo istruttorio, bensì la complessiva dimostrazione delle proprie ragioni di merito, assumendo perciò il diritto alla prova un significato corrispondente a quello di «diritto di difendersi provando», ritratto in via interpretativa dalla garanzia costituzionale del diritto di azione di cui all’art. 24, comma 1°, Cost. Del resto, anche se si arrestò prima di varcare più impegnativi confini, la Consulta stessa, misurandosi col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ebbe ad affermare che essa viene compromessa «se si limita o si nega alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevoli, se le si nega o si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà» (così Corte cost., sent. 10 luglio 1974, n. 248).

²⁴ Se aderiamo poi alla ricostruzione di L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in AA.VV., *Le prove nel processo civile*, in *Atti del XXV Convegno nazionale dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, cit., p. 129 ss., spec. p. 172, ove l’a. conclude che valga per la prova scientifica ciò che vale per le altre prove, e dunque che essa non produca un esito certo ma consenta di pervenire ad una verità “umana”, possiamo ritenere che ciò che si afferma con riguardo alla prova *tout court* possa essere riferito anche alla c.d. prova scientifica.

a elencazioni precostituite, bensì all'ideoneità dello strumento in considerazione a dare fondatezza, concretezza, all'allegazione fattuale della parte; se, infatti, è del tutto concepibile che un mezzo istruttorio, ancorché qualificato dalla legge come tale, sia in concreto idoneo a fornire la dimostrazione di un fatto (si pensi, ad esempio, ad un documento regolarmente formato e prodotto che, tuttavia, non fornisca in concreto al giudice l'ausilio sperato dalla parte all'atto dell'allegazione), da un punto di vista logico è altrettanto concepibile che uno strumento, ancorché non ricompreso tra quelli previsti dalla legge nell'elencazione dei mezzi di prova tipici, sia di fatto idoneo a dare dimostrazione di un fatto.

In altri termini e ancora, molte scelte operate dal legislatore sono tali solo in quanto quest'ultimo ha ritenuto e dettato che così fosse, e tuttavia, trattandosi di scelte di mera politica del diritto, ben potrebbe essere diversamente. Pensiamo, solo per fare un esempio, alla materia cui si sono dedicate le prime pagine di questo lavoro, ovvero alla c.d. "degradazione della prova" a seguito di *translatio iudicii*, come pure alla degradazione contemplata dall'art. 310, comma 3°, c.p.c.; alla base di queste disposizioni non vi sono valutazioni di carattere logico o razionale o dogmatico nel senso nobile del termine, tant'è che nel codice di procedura civile del 1865 il regime previsto per la prova assunta in giudizio poi estintosi era differente²⁵. Tra i due estremi, ovvero degradare la prova privandola della sua idoneità a fondare la decisione oppure considerarla tal quale nel giudizio originario, occorre tenere conto della circostanza che, nel singolo concreto processo in cui il problema si porrà, quello strumento istruttorio non sarà mai l'unico dell'intera compagine probatoria messa in campo dalle parti (e dal giudice ove ne abbia facoltà), bensì si inserirà in un contesto la cui attenta e ponderata valutazione da parte del giudice nel suo complesso dovrebbe contribuire a riconoscere un valore ora più ed ora meno persuasivo a quel singolo mezzo istruttorio²⁶.

²⁵ È M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., p. 23, a ricordare che l'art. 341 c.p.c. previgente equiparava l'efficacia probatoria della prova raccolta nel giudizio estinto a quella propria del regime originario dello strumento istruttorio esperito.

²⁶ Come scrive efficacemente B. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in AA.VV., *Le prove nel processo*

Altro tema da considerare è relativo al quale sia il *quid* da farsi allorché la prova della quale si tratta sia in concreto l'unica a disposizione del giudice.

Un segnale importante arriva sul punto dalle corti sovranazionali. Nel celeberrimo caso *Dombo Behr*, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in applicazione del generale principio della *best evidence*, ha ritenuto che ove sia l'unica in concreto disponibile, la prova originariamente inammissibile diventa ammissibile²⁷. E qualcosa di analogo è percepibile anche nell'ordinamento interno ove si ponga mente alla circostanza che, in materia di consulenza tecni-

civile, in *Atti del XXV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, cit., p. 29 ss., spec. p. 44, cercare di imporre un ordine e una disciplina alla valutazione delle prove nella impenetrabile "camera di consiglio interiore" del giudice non è soltanto difficile ma probabilmente impossibile; possono invece essere disciplinate da regole analitiche e vincolanti le "forme del procedimento", chiedendosi quali siano, in un determinato contesto storico, culturale e istituzionale, le "forme" più idonee a creare le condizioni migliori. Anche M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, spec. pp. 65 e 225, sottolinea come la narrazione dei fatti costruita dal soggetto del processo compone le diverse parti della vicenda in un insieme nel quale le singole parti assumono un significato che è determinato anche dal contesto della narrazione nel suo insieme e che, a sua volta, deve trovare riscontro nelle singole parti. La narrazione dei fatti che viene costruita dal giudice si compone di un insieme ordinato di enunciati fattuali ognuno dei quali ha ottenuto, dalle prove disponibili razionalmente valutate, una conferma probatoria sufficientemente forte; ma il tutto che la narrazione costituisce è qualcosa di più e di diverso della sommatoria delle singole parti che la compongono, così come il mosaico non è la somma delle tessere che lo formano, bensì il disegno che emerge dalla collocazione delle singole tessere in un certo modo.

²⁷ V. Corte eur. dir. uomo, sent. 27 ottobre 1993, *Dombo Behr c. Paesi Bassi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 153 ss., con nota di N. TONOLLI, *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige la parità delle armi*, ivi. Condivido sul punto l'analisi di L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, cit., spec. p. 69, ove l'a. nota come la regola a suo avviso derivabile dalla sentenza in oggetto non sarebbe quella dell'inammissibilità di limiti alla prova testimoniale, bensì quella enunciata nel testo, ovvero l'ammissibilità della prova originariamente inammissibile ove sia in concreto l'unica disponibile. Ancorché molto risalente, è doveroso qui il riferimento anche a V. GREMENTIERI, *La testimonianza della parte nella giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1687 ss., ove l'a. interviene sul tema della necessità che la testimonianza della parte debba essere garantita nel processo civile quando dalla sua mancanza derivi una violazione dei diritti processuali dell'individuo tutelati sul piano internazionale. Sul tema, v. anche L.P. COMOGLIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 41 ss.

ca, pare principio consolidato in dottrina e in giurisprudenza quello della doverosità dell'ammissione della c.t.u. ove la stessa si configuri come unico strumento attraverso cui pervenire alla prova dei fatti dedotti²⁸. Se applichiamo i principi estrapolabili dagli orientamenti ora ricordati e ne verifichiamo l'applicabilità alla prova *aliunde* formata, a mio avviso non può che dedursene una risposta affermativa al quesito dell'idoneità alla trasmigrazione. Se, infatti, ove sia l'unica prova in concreto disponibile, diventa ammissibile il mezzo che in origine non lo era e quello che, come è nel caso della c.t.u., a rigore non è qualificabile *stricto sensu* come mezzo di prova, allora diventa difficile negare alla prova, validamente formata in un processo giurisdizionale, che poi si trovi ad essere esportata altrove, efficacia di prova nel giudizio *ad quem* ove sia l'unico strumento in concreto disponibile. Efficacia di prova, evidentemente, tanto in senso positivo, ovvero di ritenere per dimostrato il fatto in relazione al quale è invocata, quanto in senso negativo, ovvero di ritenerlo non dimostrato²⁹.

Raccordando i passaggi sin qui riproposti, si può affermare come un'ipotesi *sui generis* di "prova unica" possa essere considerata la c.d. "prova non ripetibile" da cui siamo partiti, che è unica non perché la sola a disposizione del giudice per formare il proprio convincimento, ma perché unica ne è stata l'acquisizione che, appunto,

²⁸ Lo riferisce V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., spec. p. 223.

²⁹ Analogamente, ancorché in termini in parte diversi, mi pare concluda G. VERDE, *Prove nuove*, cit., spec. pp. 24-27 quando, con riferimento alla prova *aliunde*, ritiene che il giudice possa porla alla base del proprio convincimento, a condizione tuttavia che i dati che ne emergono non siano in contrasto con quelli risultanti dalle prove raccolte nel processo *ad quem* nel contraddittorio delle parti; non dunque una prova *inferior*, bensì una prova utilizzabile in via sussidiaria, cioè in mancanza di altre prove e di elementi che la contrastino. La posizione non pare invece condivisa da G.F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, pp. 9-10, ove l'a. (spec. nota 3) saluta con favore la disposizione dell'art. 59, comma 5°, che a suo avviso fa giustizia dell'orientamento da tempo invalso in giurisprudenza e a suo avviso non condivisibile per cui il giudice potrebbe decidere la causa anche esclusivamente sulla base di prove raccolte in altro processo, assegnando ad esse il valore di piena prova e anche ove le parti del giudizio *ad quem* siano diverse; ad avviso dell'a., infatti, i principi dell'oralità e del contraddittorio dovrebbero imporre che la prova sia raccolta dal giudice che deve valutarla e che quindi tali principi non siano rispettati quando il giudice decida la lite sulla base di risultanze istruttorie contenute nelle «mute carte a lui pervenute da un altro giudizio».

non è più rinnovabile. Il rapporto fra le due ipotesi è confermato dalle osservazioni, non dissimili, che vengono proposte sul punto. Se da un lato, infatti, ove la prova non sia ripetibile, v'è chi afferma come, introducendola in un altro giudizio *sic et simpliciter*, si produrrebbe un sacrificio del principio del contraddittorio in favore della non dispersione del mezzo di prova³⁰, dall'altra la migliore dottrina opportunamente sottolinea come la "perdita" di un mezzo di prova non possa mai affrontarsi «a cuor leggero»³¹, e come, in applicazione del principio di rilevanza, equivalente, nel contesto del processo, delle regole epistemiche, tutte le prove potenzialmente utili per l'accertamento dei fatti dovrebbero essere ammesse in giudizio³².

Un punto di equilibrio fra i problemi posti dalle fattispecie in considerazione potrebbe forse ritrovarsi nel modo che segue. Primariamente, è indispensabile individuare che tipo di fatto (principale o secondario *in primis*) la prova non ripetibile serva a dimostrare; secondariamente, occorre verificare se vi siano altre prove concretamente utilizzabili per la dimostrazione del medesimo e se, praticamente, esse conducano ad un risultato analogo a quello ricavabile dalla prova non ripetibile o di segno opposto o comunque diverso. Nella prima ipotesi, infatti, oltre a non avere ragioni per espunge-

³⁰ In questo senso, G. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, cit., p. 222. Con riferimento al tema del contraddittorio non si può non ricordare la celebre teoria proposta da S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1010 ss., spec. p. 1034, al cui avviso nel processo civile italiano il principio del contraddittorio di cui all'art. 111, comma 2°, Cost., allude non alla formazione della prova bensì alla dialettica fra le parti, che ad avviso dell'a. si può attuare anche sulla "verbalizzazione" formata al di fuori del processo, salva sempre la facoltà per il giudice o per le parti di verificare tali dichiarazioni con l'esame del testimone in udienza. La tesi è certamente a perfetta tenuta quando, appunto, è ancora possibile eventualmente assumere di nuovo la prova (ancorché a distanza di tempo non è detto che i processi psichici a base della memoria non abbiano fatto il loro lavoro, e quindi potrebbe essere possibile che la stessa persona, a distanza di anni, abbia dello stesso fatto un ricordo diverso). Ove ciò non fosse possibile, e dunque nei casi di prova non ripetibile, rinvio alle considerazioni di cui sul punto nel testo.

³¹ Sono le parole, già ricordate, di G. VERDE, *Prove nuove*, cit., p. 24.

³² Lo nota M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., pp. 141 e 145, ove l'a. afferma come le norme che riguardano la selezione preliminare delle prove riguardano un problema di ammissibilità delle stesse, ma in realtà si tratti di regole di esclusione di prove che, in mancanza, dovrebbero essere ammesse in quanto rilevanti.

re la prova non ripetibile dal novero di quelle utilizzabili perché vi è il conforto, nel medesimo senso, di altre prove, si ha dal punto di vista teorico la dimostrazione del fatto che, in sé e per sé, la prova non ripetibile può certamente urtare contro il principio dell'attualità del contraddittorio nel processo in cui viene invocata, ma ciò non toglie che sia una prova "buona", "giusta", ciò che viene confermato appunto dal fatto che altre prove, assunte in quel processo nel contraddittorio delle parti, conducono alle medesime risultanze. Nella seconda ipotesi, ovvero quella della prova non ripetibile da cui emergono spunti di difformità rispetto a ciò che si evince dalle altre prove in concreto disponibili, occorre verificare in concreto nel caso di specie se quella difformità emergente dalla prova non ripetibile sia elisa da ciò che risulta dalle altre prove oppure no, quanto "pesi" in sostanza quella difformità; in altri termini, dal punto di vista dell'accertamento, a me sembra che, ancorché non ripetibile e pur in presenza di altre prove che depongono in senso diverso, non si possa scartare con leggerezza quello che emerge dall'atto probatorio non ripetibile.

Questo profilo porta ancora alla ribalta il problema a tutt'oggi non univocamente risolto della registrazione e conservazione, per i mezzi di prova costituendi evidentemente, della concreta acquisizione degli stessi; modalità che potrebbero rappresentare un'efficace supplenza a quell'oralità e a quell'immediatezza che la prova non ripetibile davanti al giudice che è chiamato a valutarla pone³⁵.

Conclusivamente, dunque, a me pare che la prova *aliunde* possa (*rectius* debba) essere esclusa quando sia stata formata invalidamente. Occorre, cioè, verificare la validità del procedimento probatorio

³⁵ Ampiamente sul tema v. B. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovena)*, cit., spec. p. 50 ss., ove l'a., dopo aver distinto fra prove provenienti da altro giudizio (e importate nel processo *ad quem* in forma di prova documentale) e prove formate nel medesimo giudizio ma non in presenza del giudice che deve decidere nel merito (perché assunte, ad esempio, in via preventiva), afferma che la prova che giunge al giudice *aliunde* gli deve pervenire in condizioni di integrità e "freschezza", risultato che non è certo garantito dagli illeggibili verbali delle cause civili e che ben potrebbe essere sostituita da forme di registrazione e conservazione della prova già sperimentate altrove (e, mi permetto di aggiungere, oggi ulteriormente agevolate dallo sviluppo tecnologico), ciò che potrebbe fornire al prudente apprezzamento del giudice «risultati anche migliori della teatrale immediatezza chiovendiana».

di assunzione nel processo *a quo*; non, invece, nel processo *ad quem* perché, nel momento in cui fu assunta, quella prova era destinata al giudizio in cui veniva formata, non ad altro e diverso, del quale dunque neppure aveva senso che rispettasse le forme ove eventualmente diverse da quelle del giudizio *a quo*. Si consideri, peraltro, che la garanzia posta dalla norma generale di cui all'art. 111, comma 2°, Cost., è ragione di tranquillità sufficiente nel ritenere che, per quanto le diverse forme processuali dei vari riti possano discostarsi, comunque esse tutte sono rispettose dei principi del giusto processo, in qualsivoglia modo quel singolo concreto rito abbia ritenuto di attuarle in pratica.

Oltre all'invalidità, altra causa di esclusione della prova *aliunde* può poi essere rappresentata dalla sua inutilità ai fini dell'accertamento relativo all'oggetto del processo *ad quem*³⁴. *A contrario*, quindi, si può forse ulteriormente ribadire quanto già affermato sopra, ovvero che l'emergere, dalla prova *aliunde*, di elementi di difformità rispetto al quadro che si prospetta al giudice non possa mai essere trascurato, neppure ove la prova allogena fosse non ripetibile. Sarà l'olistica valutazione del quadro probatorio nel suo complesso a condurre il giudice al corretto bilanciamento delle risultanze emergenti dall'interazione delle prove giacenti sul suo tavolo³⁵.

3. *La specialità necessaria dell'arbitrato*

Se quelli indicati sono i parametri in base ai quali è possibile ragionare e ipotizzare, almeno a mio avviso, la trasmigrabilità di materiale processuale da un plesso giurisdizionale ad un altro, maggiore

³⁴ Per dirla con parole di G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 342, «la prova è inutile solo in quanto è confermativa o rafforzativa dei risultati già acquisiti».

³⁵ Si aggiunga che, ove ci si interroghi con F. Ferrari, *La "prova migliore"*. *Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004, spec. p. 269 ss., sull'esistenza anche nel nostro ordinamento del principio della prova migliore (*best evidence*), in base al quale un mezzo di prova è inammissibile quando sussistano e siano disponibili strumenti oggettivamente migliori, si potrebbe concludere che, quando non sussistano o non siano disponibili strumenti oggettivamente migliori, anche la prova *aliunde* non può essere ritenuta inammissibile, se non per altre cause quali, ad esempio, quelle indicate sopra nel testo.

cautela impone la circolazione di attività dalla sede arbitrale a quella giurisdizionale; e ciò ancorché, come noto, si possa ormai considerare il rapporto fra questi due ordini come problema di competenza e non più di giurisdizione o ancor meno di merito e il lodo degli arbitri rituali come avente la stessa efficacia della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Il tema richiede un approfondimento, rispetto al quale vorrei porre qui soltanto una prima generale distinzione.

Se l'attività processuale sulla cui circolazione ci si interroga è il lodo, quindi il provvedimento finale degli arbitri, la decisione, e questa è invocata dalle parti in un diverso giudizio davanti all'autorità giurisdizionale, l'ermeneutica resa possibile dalla disposizione di cui all'art. 824-bis c.p.c. consente (*rectius* impone) di svolgere con riguardo a quel lodo rituale ragionamenti analoghi a quelli che potrebbero essere svolti con riferimento alla sentenza dell'autorità giudiziaria. Ove, invece, l'attività processuale della cui trasmigrabilità si ragioni sia un provvedimento istruttorio posto in essere in sede arbitrale e che poi si pretenda di utilizzare in sede giurisdizionale, i diversi poteri e le differenti garanzie che sono appannaggio del giudicante statale e non dell'arbitro privato comportano una prudenza rafforzata che, ancorché non paia equilibrato spingere fino al punto di negare all'istruttoria compiuta dagli arbitri l'ingresso nel processo giurisdizionale, certo impone di valutare quel materiale come proveniente, appunto, da una sede privata non giurisdizionale. A ben riflettere, è il lodo rituale a produrre gli effetti della sentenza dal momento dell'ultima sottoscrizione; il legislatore, cioè, ha conferito un'aura di giurisdizionalità alla decisione emessa degli arbitri, non ad ogni singolo atto prodromico a questa (tant'è che, ad esempio, se il testimone non si presenta davanti all'arbitro, quest'ultimo continua ad essere privo di qualsivoglia potere coercitivo, a differenza del giudice togato). Pertanto, e salvi successivi approfondimenti che mi riservo di compiere, a me pare che i ragionamenti sopra svolti e tutti dedicati alla comunicazione fra distinti vasi giurisdizionali non possano *de plano* trasferirsi alla circolazione di attività processuale formata nella sede privata dell'arbitrato e che si ritenga di utilizzare altrove.

RINGRAZIAMENTO

A conclusione di questo lavoro, vorrei rivolgere l'ennesimo ringraziamento al mio maestro, Paolo Biavati. Qui per due motivi in particolare: avermi sempre suggerito per le monografie temi ai quali mi sono appassionata e che mi hanno reso l'opera possibile; e avermi chiesto, un martedì mattina di oltre vent'anni fa nell'aula di ricevimento studenti in viale Filopanti, al primo piano, che cosa avrei voluto fare da grande.

Quella domanda ha aperto un lungo discorso, che ancora continua.

SOMMARIO

INTRODUZIONE

1. Inquadramento del tema nel panorama di riferimento	7
2. Varietà delle fattispecie fra previsioni del legislatore e vuoti normativi	10
3. Il tema della prova <i>aliunde</i>	11
4. Obiettivo del presente lavoro, premessa sul metodo e piano dell'opera	12

PARTE PRIMA

IMPOSTAZIONE DELL'INDAGINE, FRA ELEMENTI NOTI E NUOVE IDEE

CAPITOLO I

FATTISPECIE NORMATIVE DI TRASMIGRAZIONE DI ATTIVITÀ PROCESSUALE

1. Le prove raccolte nel processo estinto secondo l'attuale disciplina dell'art. 310, comma 3°, c.p.c.	19
2. L'art. 59, comma 5°, della legge n. 69 del 2009: l'efficacia della prova a seguito di <i>translatio (iudicii, actionis o iurisdictionis?)</i> e alcuni dubbi sulla giurisdizione come condizione di validità e di efficacia delle prove assunte dal giudice che ne è sfornito	23
3. Altre letture ancora in tema di art. 59, comma 5°, legge n. 69 del 2009, cercando di non perdere di vista il punto centrale: il processo traslato "continua" davanti al giudice munito di giurisdizione	26
4. Un primo sguardo oltre la staccionata (ammesso che ne esista ancor'una)	31
5. Cenni a quanto accade <i>extra moenia</i>	34
6. Osservazioni sulle fattispecie considerate	38

CAPITOLO II

INTORNO AL CONCETTO DI GIURISDIZIONE

1. La mutevolezza della nozione di "giurisdizione" nel tempo	41
2. In principio fu l'incomunicabilità	43
3. Poi intervennero le pronunce giurisprudenziali	45

4. E infine fu la volta del legislatore. L'art. 59 l. 69 del 2009 e alcuni suoi possibili (o inevitabili?) corollari	47
5. Alcuni istituti processuali alla prova della <i>translatio</i>	49
6. Zone d'ombra che ancora residuano	53

CAPITOLO III

OSTACOLI (REALI O SOLTANTO PRESUNTI?) ALL'OSMOSI PROCESSUALE

1. Il tema dell'identità dell'oggetto fra processi rispetto ai quali si pone il tema della recuperabilità di attività processuale	55
2. L'interessante prospettiva suggerita dal processo penale	57
3. Irrilevanza dell'identità dell'oggetto fra processi rispetto ai quali si pone il problema della trasmigrazione di attività processuale	60
4. Una proposta di ricostruzione sul tema	62
5. La diversità del giudice	63
6. Il principio di parità delle armi tra diritto di difesa e diritto alla prova (e le peculiarità, in proposito, del processo amministrativo e del processo tributario)	66
7. Il principio di economia processuale e la prova assunta come "effetto processual-sostanziale" della domanda	71
8. La circolarità dell'azione e le differenze ravvisabili (e inevitabili) fra riti processuali propri di diverse giurisdizioni	76

PARTE SECONDA

ARGOMENTI A FAVORE DELLA TRASMIGRAZIONE DI ATTIVITÀ PROCESSUALE

CAPITOLO IV

INTORNO AL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Il processo amministrativo: la novità rappresentata dall'entrata in vigore del codice di rito	85
2. Caratteristiche dell'istruzione probatoria	88
3. La prova testimoniale	91
4. La verifica e la consulenza tecnica: inidoneità della prima, a differenza della seconda, alla trasmigrazione	94
5. Il processo amministrativo e la prova assunta in altro giudizio	97

CAPITOLO V

DEL PROCESSO TRIBUTARIO

1. Caratteristiche peculiari del processo e, conseguentemente, dell'istruzione	103
2. L'istruttoria procedimentale	107
3. La prova tributaria	110
4. I mezzi di prova utilizzabili nel procedimento di accertamento e nel processo tributario	115
5. La permeabilità dell'accertamento tributario rispetto a elementi di prova provenienti da altri giudizi	119

CAPITOLO VI
SPUNTI DAL PROCESSO PENALE

1. Processo penale e processi, penali e non	128
2. La previsione di cui all'art. 238 c.p.p.	131
3. Il trasferimento dell'azione civile in sede penale	133
4. Possibili corollari	136

PARTE TERZA
RILETTURA DI ALCUNE NOZIONI

CAPITOLO VII
INTORNO AL CONCETTO DI "PROVA"

1. Diacronia delle nozioni	143
2. La nozione di "prova atipica"	149
3. La nozione di "argomento di prova"	151
4. La "prova legale"	155
5. La regina dei mezzi di prova	158
6. La consulenza tecnica	161
7. Le informazioni	164
8. Gli strumenti probatori acquisiti in altra fase del medesimo processo giurisdizionale: alcuni profili	167
9. La porta dell'ammissibilità e della rilevanza	176
10. Il principio del libero convincimento del giudice	179

CAPITOLO VIII
LA DECISIONE *ALIUNDE*

1. Impostazione del problema	183
2. I rapporti tra giudizio penale e accertamento tributario	185
3. Processo penale e processo civile	192
4. Considerazioni critiche sul tema oggetto di queste pagine	195
5. Lo strano caso della materia <i>antitrust</i>	198

PARTE QUARTA
ALCUNE POSSIBILI CONCLUSIONI

CAPITOLO IX
FRA ATTENUAZIONE DEI CONFINI
ED ESIGENZA DI ASSICURAZIONE DELLE GARANZIE

1. Intorno alla trasmigrazione di materiale processuale in generale	211
2. Quando a trasmigrare è la prova	216
3. La specialità necessaria dell'arbitrato	223

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI E., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI E., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOZZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI E., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI E., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini. I. Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., "Ubi venus mutatur", 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESÌ N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società americana*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO E., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa? Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002)*, 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO E., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI E., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., *«Proxeneta est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (sec. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.

Finito di stampare nel mese di giugno 2016
presso Editografica (Rastignano, Bologna)