

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Processo amministrativo - Prove - Onere della prova - Giudizi sui diritti soggettivi - Limiti - Appello - Prove nuove - Limiti.

Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2021, n. 5560

1. “[...] Nei contenziosi vertenti su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – ove viene in luce uno stretto intreccio fra rapporto paritario e rapporto autoritativo – le regole processuali in materia di poteri istruttori del giudice amministrativo restano identiche: tuttavia nelle liti sui diritti soggettivi, l’onere del principio di prova va valutato con particolare rigore, in relazione ai fatti che rientrano nella disponibilità della parte attrice (sia essa pubblica o privata). [...]”

2. “[...] Per quanto concerne [...] il divieto dei nova probatori in appello [...] il menzionato divieto, come noto, consente due eccezioni [...]”

Passando ad esaminare il primo dei due casi di deroga al divieto dei nova probatori in appello, (quello in cui la parte dimostri di non aver potuto proporre o produrre le prove nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile), vengono in luce le seguenti ipotesi:

- prova sopravvenuta in quanto prova formata dopo la conclusione del giudizio di primo grado;
- prova incolpevolmente conosciuta dalla parte solo successivamente alla conclusione del giudizio innanzi al T.a.r.;
- prova che la parte non abbia avuto modo di depositare nel giudizio di primo grado, poiché il giudizio è stato definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell’articolo 60 c.p.a., all’esito della camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare [...].

Il secondo caso di deroga (quello in cui il Collegio ritenga “-OMISSIS-” la prova ai fini della decisione) presenta maggiori difficoltà ermeneutiche, riconnesse alla stessa ambiguità della locuzione legislativa utilizzata, non potendosi non convenire con quell’autorevole dottrina la quale ha sottolineato l’impossibilità di definire in positivo il termine “-OMISSIS-”, poiché – essendo tale concetto il qualificativo di una relazione tra due termini – a nessuno è dato conoscere a priori l’elemento finale rispetto al quale la prova potrebbe qualificarsi -OMISSIS- [...].

[...] Più in generale è stato riconosciuto che il predicato della “-OMISSIS-” – implicita per quei documenti che, preesistenti o successivi, comportano una definizione “in rito” della controversia - deve conseguire ad una valutazione non già della mera rilevanza dei fatti dedotti, ma postula la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte avesse l’onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale [...] solo in questo modo si rende possibile conciliare il potere riconosciuto al giudice dall’art. 63, comma 1, c.p.a., con i divieti, coerenti con il principio dispositivo, di cui all’art. 104 c.p.a. [...].”

FATTO e DIRITTO

1. Il sig. -OMISSIS-, con ricorso innanzi al T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia, ha esposto:
 - 1.1. - di appartenere al Corpo della Guardia di finanza con il grado di appuntato scelto e di prestare servizio presso la sede di Gorizia dall'aprile del 2012;
 - 1.2. - di aver chiesto, nell'ambito del -OMISSIS-*"-OMISSIS-"* dell'anno 2017, di essere trasferito al Gruppo pronto intervento di Palermo;
 - 1.3. - che con nota prot. n. 195731 del 23 giugno 2017, il Comando generale della Guardia di finanza-I Reparto-Ufficio personale ispettori, sovrintendenti, appuntati e finanzieri, non ha accolto la sua domanda ostandovi *"-OMISSIS-"*;
 - 1.4. - di aver ricevuto altresì lo stralcio della graduatoria (nella quale si era collocato al primo posto con 691.59 punti) e di aver appreso che il rigetto della sua domanda di trasferimento era dipeso da *"-OMISSIS-"*;
 - 1.5. - di aver successivamente appreso – a seguito di accesso agli atti – che il richiesto trasferimento (rientrante tra i trasferimenti chiesti dai militari in possesso della specializzazione antiterrorismo e pronto impiego, codice AT-PI) era stato oggetto di parere favorevole espresso dal Comando generale della Guardia di finanza con nota del 29 maggio 2017;
 - 1.6. - di aver infine appreso, dalla lettura della circolare del Comando generale della Guardia di finanza n. 8555 del 12 gennaio 2017, che con l'espressione *"-OMISSIS-"* si intendono *"-OMISSIS-"*, nonché *"-OMISSIS-"*.
2. Il militare ha chiesto quindi l'annullamento della menzionata nota della Guardia di Finanza prot. n. 195731 del 23 giugno 2017, unitamente allo stralcio della graduatoria ed alla suddetta circolare n. 8555/2017, lamentando:
 - 2.1. - violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere, difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, per aver il Comando generale della Guardia di finanza illegittimamente respinto la domanda di trasferimento con mere formule di stile e senza motivare le ragioni alla base del diniego, considerato che il ricorrente aveva già prestato servizio presso il Comando-Reparto Gico di Palermo, dal 15 aprile al 13 ottobre 2013; e visto che *"-OMISSIS-"*, anche alla luce del fatto che l'Amministrazione ha accolto le domande di trasferimento presentate da altri militari in servizio presso la medesima sede di Gorizia;
 - 2.2. - violazione dell'articolo 24 della Costituzione, violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza, per aver illegittimamente il suddetto Comando generale formato la graduatoria finale rigettando la domanda di trasferimento con il mero

riferimento ad “-OMISSIS-”, mancando “-OMISSIS-del -OMISSIS- con il Gruppo pronto intervento di Palermo (reparto di provenienza)”.

3. L'amministrazione intimata non si è costituita nel giudizio di primo grado.

4. Il T.a.r. Friuli Venezia Giulia, con la gravata sentenza -OMISSIS-:

4.1. - ha riconosciuto sussistente nel caso di specie la “-OMISSIS-”, non essendovi, nel contesto delle produzioni, alcuna “-OMISSIS-(--OMISSIS--)”;

4.2. - ha accolto entrambi i motivi di ricorso, annullando gli atti impugnati ed obbligando l'amministrazione a rideterminarsi in merito alla domanda di trasferimento del ricorrente.

5. Il Ministero dell'economia e delle finanze-Comando generale della Guardia di finanza ha proposto appello, contenente altresì domanda cautelare di sospensione della sentenza di primo grado, articolando un solo complesso motivo di gravame, con il quale è stata dedotta la violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e dei principi di cui alla menzionata circolare n. 8555/2017, nonché erronea valutazione degli atti di causa ed invasione della sfera discrezionale dell'amministrazione.

6. In particolare l'amministrazione appellante ha precisato:

6.1. - che con cadenza annuale, è prevista una procedura concorsuale (c.d. “-OMISSIS->”) alla quale accedono i militari che, al 16 gennaio di ciascun anno, sono in possesso di una certa anzianità -OMISSIS-;

6.2. - che costoro possono presentare istanza con la quale è possibile esprimere una sola richiesta e che le domande ricevute sono poi valutate dall'amministrazione in base ad una graduatoria di merito, ancorata a criteri predeterminati ed oggettivi;

6.3. - che nell'esame delle domande di trasferimento l'amministrazione deve valutare la sussistenza o meno di eventuali situazioni di incompatibilità ambientale del richiedente presso le sedi ambite, come anche richiesto dalla circolare n. 8555/2017;

6.4. - che le ragioni, poste alla base del gravato diniego della domanda di trasferimento presentata dal sig. -OMISSIS-, sono intelleggibili *per relationem*, alla luce dei pareri espressi dai competenti Comandanti di corpo circa possibili situazioni di incompatibilità ambientale;

6.5. - che il ricorrente ben avrebbe potuto conoscere le ragioni alla base del diniego mediante semplice istanza di accesso agli atti, considerato che quella presentata nel luglio del 2017 non contemplava le valutazioni inerenti situazioni di incompatibilità ambientali, ma altri documenti di diversa natura (la circolare n. 8555/2017, la determinazione n. 8593/2017 e la nota del 29 maggio 2017);

6.6. - che la suddetta nota del 29 maggio 2017, nell'esprimere parere favorevole al trasferimento, concerneva unicamente il possesso effettivo della specializzazione “-OMISSIS-” ed esulava, pertanto, dai pareri forniti dai competenti Comandi regionali sulle situazioni di incompatibilità ambientale;

6.7. - che nel caso di specie il diniego di trasferimento era motivato sul parere contrario espresso dal Comandante regionale Sicilia, stante la sussistenza di una situazione di incompatibilità ambientale con la sede di Palermo;

6.8. - che tra l'altro il sig. -OMISSIS- nel febbraio del 2011 “-OMISSIS-” (pag. 8 dell'appello);

6.9. - che l'amministrazione ha agito al fine esclusivo di prevenire una situazione di potenziale incompatibilità ambientale del militare, a fronte di situazioni che “-OMISSIS-” (pag. 8 dell'appello);

6.10. - che nella valutazione della esistenza o meno di una ragione di incompatibilità ambientale, l'amministrazione esercita la propria discrezionalità secondo i parametri stabiliti dalla giurisprudenza.

7. A corredo dell'appello il Ministero ha depositato la documentazione ivi richiamata.

8. Si è costituito in giudizio il sig. -OMISSIS- chiedendo il rigetto dell'appello e, con memoria depositata il 31 gennaio 2020, ha eccepito in via preliminare:

8.1. - l'inammissibilità, ai sensi dell'articolo 104, comma 1, c.p.a. delle nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio dedotte dal Ministero appellante, con riferimento alla insussistenza del lamentato vizio motivazionale dei gravati provvedimenti ed alla sussistenza di una incompatibilità ambientale del sig. -OMISSIS- con la sede di Palermo cui egli aspira;

8.2. - l'inammissibilità, ai sensi dell'articolo 104, comma 2, c.p.a., della produzione dei documenti depositati dal Ministero per la prima volta nel presente giudizio d'appello (in particolare i documenti n. 9 e n. 10).

9. Con ordinanza 7 febbraio 2020, n. 597, la Sezione ha accolto la domanda cautelare proposta dal Ministero appellante “-OMISSIS-; -OMISSIS-”.

10. Con memoria del 20 febbraio 2020 l'appellato ha ribadito le proprie difese, lamentando – per quanto riguarda la produzione documentale del Ministero appellante – che non è stata fornita né la prova dell'impossibilità in ordine alla mancata produzione in primo grado, né la prova circa l'-OMISSIS- dei documenti in parola.

11. In data 4 marzo 2021 l'appellato ha depositato ulteriore documentazione, tra cui anche la sentenza di assoluzione n. 952 del 20 febbraio 2017 pronunciata dal Tribunale di Palermo, con la formula “-OMISSIS-”.

12. Il Ministero appellante ed il militare appellato, rispettivamente in data 22 febbraio e 15 marzo 2021, hanno depositato note di udienza, alternative alla discussione, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni con legge 25 giugno 2020, n. 70.

12.1. Nelle note di udienza del 15 marzo 2021, l'appellato ha sollevato, in via subordinata, questione di legittimità costituzionale degli articoli 46, comma 2, e 104, commi 1 e 2, c.p.a., per contrasto con gli articoli 3, 24 e 111, commi 1 e 2, della Costituzione, qualora le citate norme processuali siano interpretate “-OMISSIS-”.

13. All'udienza del 15 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

14. In primo luogo il Collegio deve esaminare le eccezioni preliminari di inammissibilità dedotte dall'appellato.

15. L'eccezione di inammissibilità dell'appello per violazione del divieto di *ius novorum* ai sensi dell'articolo 104, comma 1, c.p.a. è infondata e deve essere respinta.

15.1. Infatti, nell'atto di gravame, il Ministero appellante (non costituito nel giudizio di primo grado), lungi dal proporre per la prima volta eccezioni non rilevabili d'ufficio, ha svolto unicamente mere difese – come tali sempre deducibili per costante giurisprudenza - con riguardo al merito della controversia, indicando le ragioni di fatto e di diritto poste alla base dei provvedimenti impugnati dal militare ed oggetto della gravata sentenza di annullamento.

15.2. L'appellante può sempre confutare tutte le argomentazioni poste a base della sentenza impugnata senza incorrere nel divieto di cui all'articolo 104, comma 1, c.p.a. in quanto esso è limitato alle eccezioni in senso tecnico e non anche alle mere difese (da ultimo *ex multis* Cons. Stato, sez. II, n. 2778 del 2021; sez. IV, n. 723 del 2021; sez. II, n. 7354 del 2020; sulla distinzione tra eccezioni in senso tecnico e mere difese, sempre articolabili per la prima volta anche in appello, cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 4 del 2018; n. 14 del 2004).

16. Infondata e da respingere è anche l'eccezione di inammissibilità della produzione documentale del Ministero appellante ai sensi dell'articolo 104, comma 2, c.p.a..

16.1. In linea generale, con riguardo ai poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo, è noto che il legislatore, nel processo amministrativo, ai sensi degli articoli 63, 64 e 65 c.p.a., ha recepito il tradizionale indirizzo giurisprudenziale che ha delineato un modello intermedio, tra quello dispositivo puro e quello inquisitorio puro, c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del principio di prova (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2847 del 2008, n. 7343 del 2005), con la conseguenza che il giudice esercita un potere di

soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di fornire la prova dei fatti dedotti, pur potendo fornire un “principio di prova”.

16.2. E' altresì noto che la ragione di tale modello istruttorio riposa sulla necessità di riequilibrare la posizione di sostanziale disparità tra le parti del giudizio, essendo evidente come, nel processo amministrativo impugnatorio per la tutela di interessi legittimi, la posizione processuale della parte privata, nell'accedere alla documentazione rilevante, risenta della condizione di sostanziale inferiorità rispetto alla pubblica amministrazione, con la conseguente necessità dell'intervento in soccorso da parte del giudice amministrativo (articoli 64, comma 3, e 65, commi 1 e 3, c.p.a.).

16.3. A differenza dell'art. 2697 c.c., dall'art. 64, comma 1, c.p.a. si ricava una correlazione - tipica del processo amministrativo - tra onere della prova e disponibilità della prova stessa: l'onere della prova cioè sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre: il criterio di riparto dell'onere probatorio non è individuato in ragione di uno schema preconstituito ed astratto, incentrato sulla valenza dei fatti (costitutiva, ovvero modificativa o estintiva), ma secondo un criterio flessibile ispirato al principio di vicinanza della prova, di modo che - qualora il privato ricorrente non sia nella disponibilità della prova - venga sollevato dal relativo onere, che verrà addossato sulla pubblica amministrazione, la quale dovrà depositare gli atti che siano nella sua disponibilità (art. 64, comma 3, c.p.a.).

16.4. Sulle parti grava comunque l'onere di allegare i fatti da provare, e dunque di circoscrivere non solo il *thema decidendum*, ma anche il *thema probandum*: è massima consolidata quella secondo cui, sebbene, in tema di prova, il processo amministrativo impugnatorio non sia retto dal principio dispositivo pieno, tuttavia l'attività istruttoria d'ufficio del giudice presuppone quanto meno l'allegazione dei fatti da provare, ad opera delle parti, in maniera sufficientemente circostanziata e precisa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 4862 del 2001); permane in sostanza l'onere del principio di prova e l'attività istruttoria che può svolgere il giudice amministrativo ha carattere complementare ed integrativo, mai invece sostitutivo della parte rimasta colpevolmente inerte.

16.5. Nei contenziosi vertenti su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - ove viene in luce uno stretto intreccio fra rapporto paritario e rapporto autoritativo - le regole processuali in materia di poteri istruttori del giudice amministrativo restano identiche: tuttavia nelle liti sui diritti soggettivi, l'onere del principio di prova va valutato con particolare rigore, in relazione ai fatti che rientrano nella disponibilità della parte attrice (sia essa pubblica o privata).

16.5.1. Si deve, infatti, considerare che le norme del processo amministrativo, relative ai poteri istruttori d'ufficio del giudice (articoli 63, 64 e 65 c.p.a.), non distinguono tra giurisdizione di

legittimità e giurisdizione esclusiva, essendo pertanto in astratto applicabili ad entrambi i tipi di giurisdizione; d'altro canto, nel processo civile, non sono esclusi poteri istruttori d'ufficio anche in relazione ai diritti soggettivi (emblematico è il processo del lavoro).

16.5.2. Il giudice amministrativo, nel suo prudente apprezzamento, deve da un lato rispettare il principio della parità delle parti, dall'altro lato – come visto - deve considerare che la *ratio* della sua iniziativa istruttoria è quella di colmare situazioni effettive di disparità tra le medesime parti, per venire in soccorso di quella parte che, pur con la dovuta diligenza, non è riuscita ad avere la disponibilità delle prove: sicché se deve ammettersi, in astratto, la possibilità di esercizio da parte del giudice amministrativo di poteri istruttori d'ufficio anche in relazione a diritti soggettivi, tuttavia tale esercizio deve costituire una *extrema ratio*.

16.5.3. In altre parole nei giudizi su diritti soggettivi che si svolgono davanti al giudice amministrativo, la misura e l'ampiezza dell'onere della prova deve essere valutato caso per caso, avuto riguardo al dato sostanziale della disponibilità o meno delle prove in capo alle parti e, su questa base, tarare e calibrare, in modo assai rigoroso, l'esercizio istruttorio "suppletivo" condotto dal giudice.

16.5.4. Analogamente, nel processo su interessi legittimi, si è ad esempio escluso il potere istruttorio d'ufficio da parte del giudice, per la prova di fatti che rientrano nella disponibilità della parte, quale è la prova della qualità di erede ai fini della legittimazione ad agire: il principio dispositivo puro deve trovare integrale applicazione qualora non ricorra quella disuguaglianza di posizioni tra amministrazione e privato, che giustifica in generale l'applicazione, nel processo amministrativo, del principio dispositivo con metodo acquisitivo.

16.6. Per quanto concerne, più in particolare, il divieto dei *nova* probatori in appello, ora sancito – in materia istruttoria – dal comma 2 dell'articolo 104 c.p.a., prima dell'adozione del codice del processo amministrativo era desunto dall'articolo 28, ultimo comma, della legge n. 1034/1071, che così recitava: "*In ogni caso, il Consiglio di Stato in sede d'appello esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado*", formandosi quindi una sorta di parallelismo tra primo e secondo grado di giudizio, anche con riguardo al materiale probatorio.

16.7. Il menzionato divieto, come noto, consente due eccezioni, ricalcate sulla previgente formulazione dell'articolo 345 c.p.c. (antecedente alla novella del 2012 la cui modifica non ha avuto alcuna conseguenza nel processo amministrativo, stante la totale autonomia dell'articolo 104 c.p.a., arg. da Cons. Stato, sez. IV, n. 472 del 2016; sez. III, n. 4546 del 2013) consentendosi la

produzione di “-OMISSIS-” e di “-OMISSIS-” solo e soltanto qualora: a) “-OMISSIS-”; oppure b) “-OMISSIS-” (sull’alternatività dei due presupposti Cons. Stato, sez. VI, n. 2738 del 2011).

16.8. Prima di analizzare i due casi di deroga al divieto dei *nova probatori* in appello, è opportuno evidenziare che sfugge totalmente all’ambito di applicazione dell’articolo 104, comma 2, c.p.a. il provvedimento impugnato e gli atti del relativo procedimento amministrativo, in quanto, in questi casi, deve farsi applicazione dell’articolo 46, comma 2, c.p.a. (applicabile anche in appello ai sensi del rinvio interno di cui all’art. 38 c.p.a.), ed eventuali omissioni del giudice di primo grado (che ometta di provvedere ai sensi dell’articolo 65, comma 3, c.p.a.) devono essere sanate nel secondo grado di giudizio (si veda Cons. Stato, sez. IV, n. 4639 del 2021 [che limita al solo giudizio impugnatorio su interessi legittimi - e non anche al giudizio di accertamento di un rapporto di credito avente ad oggetto diritti soggettivi - l’operatività in appello degli articoli 46, comma 2, e 65, comma 3, c.p.a.]; sez. IV, n. 4547 del 2021; sez. IV, n. 3150 del 2021; sez. IV, n. 8297 del 2020 [circa l’applicabilità dell’articolo 46, comma 2, c.p.a. anche in grado d’appello qualora si verta in un giudizio impugnatorio]; sez. IV, n. 3844 del 2020; sez. III, n. 866 del 2019; sez. VI, n. 3042 del 2018; sez. IV, n. 3509 del 2016 e n. 472 del 2016; sez. V, n. 3462 del 2015; sez. III, n. 4546 del 2013 [che ha precisato come l’amministrazione non decada dal potere/dovere di depositare in appello il provvedimento impugnato e gli atti del procedimento, dovendo al contrario il giudice d’appello supplire all’omissione del primo giudice, che non abbia esercitato i poteri officiosi ai sensi dell’art. 65, comma 3, c.p.a.]; sez. VI, n. 2738 del 2011 [ove si rimarca l’-OMISSIS- *in re ipsa* del provvedimento impugnato e degli atti del relativo procedimento]).

16.9. Passando ad esaminare il primo dei due casi di deroga al divieto dei *nova probatori* in appello, (quello in cui la parte dimostri di non aver potuto proporre o produrre le prove nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile), vengono in luce le seguenti ipotesi:

- prova sopravvenuta in quanto prova formata dopo la conclusione del giudizio di primo grado;
- prova incolpevolmente conosciuta dalla parte solo successivamente alla conclusione del giudizio innanzi al T.a.r.;
- prova che la parte non abbia avuto modo di depositare nel giudizio di primo grado, poiché il giudizio è stato definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell’articolo 60 c.p.a., all’esito della camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare (Cons. Stato, sez. V, n. 7026 del 2018).

16.10. Il secondo caso di deroga (quello in cui il Collegio ritenga “-OMISSIS-” la prova ai fini della decisione) presenta maggiori difficoltà ermeneutiche, riconnesse alla stessa ambiguità della locuzione legislativa utilizzata, non potendosi non convenire con quell’autorevole dottrina la quale

ha sottolineato l'impossibilità di definire in positivo il termine “-OMISSIS-”, poiché – essendo tale concetto il qualificativo di una relazione tra due termini – a nessuno è dato conoscere *a priori* l'elemento finale rispetto al quale la prova potrebbe qualificarsi -OMISSIS-.

16.11. Ciononostante la giurisprudenza amministrativa ha sempre cercato di meglio delineare e circoscrivere la nozione di “-OMISSIS-” della prova e, al riguardo, si è correttamente evidenziato, in negativo, che il potere istruttorio attribuito al giudice d'appello non può essere esercitato per sanare preclusioni e decadenze già verificatesi in primo grado “-OMISSIS-” (arg. da Cons. Stato, sez. IV, n. 4639 del 2021; sez. IV, n. 3150 del 2021 [fattispecie relative a prove introdotte per la prima volta in grado di appello da parte della P.A. in controversie concernenti la debenza o la misura del contributo di costruzione], non potendo il giudizio di -OMISSIS- condurre a supplire a negligenze della parte in primo grado (Cons. Stato, sez. IV, n. 472 del 2016; sez. IV, n. 1242 del 2014; sez. V, n. 3892 del 2013).

16.12. In positivo è stato invece affermato che: “-OMISSIS-[...] -OMISSIS-” (Cons. Stato, sez. IV, n. 866 del 2018), aprendo pertanto le porte al necessario coordinamento tra il primo ed il secondo comma dell'articolo 104 c.p.a., dovendovi essere, per ragioni logico-sistematiche, un corretto parallelismo tra la rilevabilità d'ufficio di un'eccezione in grado d'appello e la deroga al divieto di produzione documentale su tale eccezione (ad esempio la prova sulla tardività del ricorso di primo grado, o sull'eccezione di difetto di legittimazione passiva, rilevabili d'ufficio in grado d'appello ed in relazione alle quali si deve consentire la deroga al divieto dei *nova*), essendo indispensabili *in re ipsa* tutti quei documenti che possono condurre ad una definizione in rito della controversia (Cons. Stato, sez. IV, n. 3509 del 2016).

16.13. Più in generale è stato riconosciuto che il predicato della “-OMISSIS-” – implicita per quei documenti che, preesistenti o successivi, comportano una definizione “in rito” della controversia - deve conseguire ad una valutazione non già della mera rilevanza dei fatti dedotti, ma postula la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte avesse l'onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale (Cons. Stato, sez. III, n. 3329 del 2019; sez. IV, n. 4345 del 2018; sez. IV, n. 3509 del 2016; sez. V, n. 4793 del 2013 e n. 3339 del 2013); solo in questo modo si rende possibile conciliare il potere riconosciuto al giudice dall'art. 63, comma 1, c.p.a., con i divieti, coerenti con il principio dispositivo, di cui all'art. 104 c.p.a. (nozione di “-OMISSIS- ristretta”, tuttavia non condivisa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione che, con sentenza n. 10790 del 2017, hanno fatto propria una concezione più ampia di “-OMISSIS-”, ricollegata alla “-OMISSIS-” della prova ritenuta -OMISSIS-, a prescindere dal

comportamento della parte nei precedenti gradi di giudizio, che ben potrebbe essere decaduta dalla prova stessa).

16.14. La Sezione ritiene preferibile (ed intende quindi dare continuità al) l'orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio che ha fatto propria una interpretazione ristretta della nozione di “-OMISSIS- della prova”.

16.15. Infatti, a parte i casi in cui la prova prodotta per la prima volta in appello sia funzionale alla dimostrazione di un fatto concernente una eccezione in rito rilevabile d'ufficio dal giudice (prova sempre ammessa), il principio di economia processuale, letto alla luce di quello più generale di ragionevole durata del processo (che assume una particolare valenza nel processo amministrativo attesa l'immanenza dell'interesse pubblico), vuole che sia rispettata una corretta scansione della tempistica processuale, compendosi ciascuna attività nel momento in cui ciò è prescritto.

16.16. Attività istruttorie che erano perfettamente possibili in primo grado, non possono essere compiute per la prima volta in appello, con una evidente dilatazione dei tempi processuali.

16.17. In sintesi:

a) il potere del giudice di appello di acquisire d'ufficio nuove prove, che ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, è da ritenere esercitabile non sempre e comunque, ma solo se le prove non potevano oggettivamente essere prodotte in primo grado: perché la parte non ne aveva la disponibilità, o perché l'esigenza istruttoria è sorta solo in appello;

b) il potere del giudice di appello di acquisire d'ufficio nuove prove, che ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, non è esercitabile quando la lacuna istruttoria è interamente imputabile alla parte, poiché in ossequio al principio dispositivo (anche con metodo acquisitivo), il potere istruttorio d'ufficio del giudice amministrativo può essere esercitato a soccorso della parte che non ha la disponibilità delle prove, ma non a supplenza della parte che, pur avendo la disponibilità delle prove, non le abbia prodotte e non adduca giustificazioni per la sua omissione;

c) se la lacuna istruttoria è imputabile ad un'omissione del giudice di primo grado, è ammissibile l'integrazione istruttoria in appello.

16.18. Rimane da esaminare la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla parte intimata (*retro* § 12.1.).

16.18.1. La questione di costituzionalità dell'articolo 104, comma 1, c.p.a., è irrilevante, per le considerazioni esposte *retro* al § 15, dato che, nel presente giudizio, il Ministero dell'economia e delle finanze non ha formulato alcuna eccezione in senso tecnico.

16.18.2. La questione di costituzionalità degli artt. 46, comma 2, e 104 comma 2, c.p.a., viceversa, è manifestamente infondata per le seguenti concorrenti ragioni:

- a) alla luce della ricostruzione degli istituti processuali sopra illustrati, la richiesta di rinvio al giudice delle leggi è stata del tutto genericamente argomentata;
- b) secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale (da ultimo sentenze nn. 148 del 2021, 102 del 2021, 253, 95, 80 e 79 del 2020, 271 del 2019), il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute, che viene superato qualora emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di agire in giudizio; con particolare riferimento all'art. 24 Cost., la Corte ha altresì specificato che esso non comporta che il cittadino debba conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, purché non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale;
- c) è palese che il regime della prova nel processo amministrativo non limita in alcun modo l'accesso alla tutela giurisdizionale né altera l'equilibrio fra le parti (solo tendenziale, per altro, tenuto conto dell'immanenza dell'interesse pubblico, cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 5 del 2015; n. 9 del 2014).

16.9. Da quanto esposto, pertanto, deriva una duplice conseguenza nel presente giudizio d'appello:

- a) deve essere ammessa la documentazione depositata, per la prima volta, dal Ministero appellante, in quanto concernente gli atti del procedimento amministrativo che ha condotto al gravato provvedimento, come tale rientrante nell'ambito di applicazione degli articoli 46, comma 2, e 65, comma 3, c.p.a.;
- b) deve essere invece dichiarata inammissibile, ai sensi dell'articolo 104, comma 2, c.p.a., l'ulteriore documentazione depositata dall'appellato in data 4 marzo 2021, non essendo stata dimostrata l'impossibilità della produzione di tali documenti nel giudizio di primo grado, né essendo la documentazione *de qua* (richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica di Palermo del 14 marzo 2013, dispositivo di assoluzione del Tribunale penale di Palermo del 20 febbraio 2017) -OMISSIS- ai fini della decisione.

17. E' ora possibile passare all'esame dell'appello del Ministero dell'economia e delle finanze.

18. L'appello è fondato e merita accoglimento.

18.1. In linea generale è opportuno precisare che:

- a) pur vertendosi in materia di giurisdizione esclusiva la posizione soggettiva coinvolta nel presente giudizio ha natura di interesse legittimo;
- b) l'istituto del trasferimento (o del diniego di trasferimento) per incompatibilità ambientale dei dipendenti pubblici ha come principale funzione quella di preservare il decoro e il prestigio dell'Amministrazione, potenzialmente compromessi da quei comportamenti, anche non

disciplinatamente sanzionabili, tenuti dai dipendenti stessi che rendono la loro permanenza non più opportuna in una determinata sede -OMISSIS-; il trasferimento (o il mancato trasferimento) per incompatibilità ambientale viene, pertanto, disposto per ragioni di tutela dell'interesse pubblico e non presuppone la sussistenza della colpa in capo al soggetto interessato dal provvedimento; l'Amministrazione gode di un'ampia discrezionalità in ordine alla valutazione delle ragioni di opportunità che giustificano tale tipologia di trasferimenti (o di dinieghi di trasferimenti) i quali, proprio per questa ragione, non necessitano nemmeno di una particolare motivazione; ne consegue che il giudice, chiamato a valutare la legittimità dei provvedimenti che dispongono questa misura, deve limitarsi al riscontro dell'effettiva sussistenza della situazione di incompatibilità venutasi a creare nonché della proporzionalità del rimedio adottato per rimuoverla (Cons. Stato, sez. IV, n. 7562 del 2020; sez. IV, n. 7088 del 2019; sez. V, n. 5783 del 2019);

c) trattandosi, nel caso di specie, di un trasferimento su domanda dell'interessato, non hanno alcun rilievo gli argomenti fondati sul trasferimento d'autorità, che è un ordine militare ex artt. 976 e 1349 cod. ord. mil., (cfr. Ad. plen. n. 1 del 2016);

d) nel concetto di “-OMISSIS- o -OMISSIS-” rientra per costante giurisprudenza anche la necessità di prevenire o di eliminare situazioni, anche solo potenziali, di incompatibilità ambientale (Cons. Stato, sez. IV, n. 1732 del 2020; sez. IV n. 118 del 2020; sez. IV n. 3771 del 2017; Cass. n. 13938 del 2017);

e) la scelta dell'Amministrazione è legittima anche quando, in assenza di diffusa motivazione nel provvedimento finale, le ragioni della scelta si ritraggono univocamente dall'istruttoria (Cons. Stato, sez. V, n. 5772 del 2012).

18.2. Nel caso di specie, dagli atti depositati dal Ministero appellante (doc. 9 e doc. 10), emerge che:

a) l'odierno appellato, con provvedimento del Comando generale prot. n. 44551 del 14 febbraio 2011, fu trasferito d'autorità, per incompatibilità ambientale, dal Comando regionale Sicilia-Gruppo pronto impiego di Palermo al Comando regionale Friuli Venezia Giulia-Compagnia di Gorizia, a causa di vicende penali che avevano interessato il militare e che avevano avuto risalto mediatico;

b) la domanda di trasferimento, presentata dall'appuntato -OMISSIS- nel gennaio del 2017 per ritornare nella sede di Palermo, è stata respinta alla luce del parere contrario espresso dal Comando regionale Sicilia (nota prot. n. 281264 del 22 maggio 2017), su conforme parere contrario del Comando provinciale Palermo (nota prot. n. 279455 del 22 maggio 2017), alla luce di quanto affermato dal Comandante del Nucleo di polizia tributaria di Palermo (nota prot. n. 277302 del 19

maggio 2017), nella quale si era espresso parere contrario al ritorno dell'appuntato -OMISSIS- nella predetta sede di Palermo “-OMISSIS-”;

c) l'istruttoria compiuta dall'amministrazione è stata completa e sono state valutate le sentenze di assoluzione pronunciate in favore dell'odierno appellato (come emerge nel riquadro “-OMISSIS-”, inserito nell'elenco “-OMISSIS-”); l'Amministrazione ha ritenuto comunque prevalente l'interesse pubblico ad evitare potenziali situazioni di incompatibilità ambientale.

18.3. Emergono pertanto *per tabulas*, dagli atti endoprocedimentali che hanno condotto al rigetto della domanda di trasferimento, le pregnanti ragioni poste a base dei gravati provvedimenti di diniego, che non possono pertanto essere ritenuti illegittimi, non sussistendo il lamentato vizio motivazionale, erroneamente affermato dal T.a.r.

19. In definitiva, l'appello deve essere accolto per quanto sopra esposto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, entrambi i motivi posti a sostegno del ricorso di primo grado devono essere respinti.

20. Le spese di lite del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 10488/2019, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellato al pagamento, in favore del Ministero dell'economia e delle finanze, delle spese di lite del doppio grado di giudizio, complessivamente liquidate in euro 4.000,00 oltre accessori di legge se dovuti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2021, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore