

CONSIGLIO DI STATO

Adunanza Plenaria - 20 novembre 2014, n. 32.

Nei ricorsi elettorali l'onere della prova può essere limitato all'allegazione di elementi indiziari dotati dell'attendibilità sufficiente a costituire un principio di prova plausibile e idoneo a legittimare l'attività acquisitiva del giudice. A tal fine, le dichiarazioni sostitutive dei rappresentanti di lista postume (che non avevano contestato nulla durante le operazioni del seggio), costituiscono elemento di prova che legittima la richiesta del giudice di disporre acquisizioni istruttorie.

Omissis

In conclusione, sono rimessi all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti di diritto:

- a) *se e in che misura nel contenzioso elettorale possa dirsi attenuato l'onere di specificità dei motivi di ricorso e l'onere probatorio gravante sul ricorrente;*
- b) *se e in che misura la mancata verbalizzazione nel corso delle operazioni elettorali delle contestazioni da parte dei rappresentanti di lista possa influire sull'onere probatorio gravante sul ricorrente;*
- c) *se e in che misura nel contenzioso elettorale possa essere riconosciuta valenza probatoria alle dichiarazioni postume dei rappresentanti di lista.*

Omissis

1. Il contrasto tra orientamenti interpretativi su cui l'Adunanza Plenaria è chiamata a pronunciarsi concerne le condizioni di ammissibilità di un ricorso al giudice amministrativo, volto a conseguire l'annullamento dell'esito di una consultazione elettorale comunale, con particolare riguardo a quanto prescritto dall'art. 40, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo in tema di onere di specificità dei motivi di ricorso e di indicazione dei mezzi di prova.

2. Le due tematiche appena accennate, sebbene frequentemente accomunate in giurisprudenza quanto alle ragioni che giustificano l'attenuazione dell'onere gravante sul ricorrente, riguardano istituti processuali sostanzialmente diversi. Esse, pertanto, vanno tenute distinte ed esaminate separatamente.

3.1. Il requisito della specificità dei motivi nel ricorso elettorale è stata largamente approfondita dalla giurisprudenza amministrativa, la quale costantemente riconosce che il relativo onere "deve essere valutato con rigore attenuato posto che l'interessato, non avendo la facoltà di esaminare direttamente il materiale in contestazione deve rimettersi alle indicazioni provenienti da terzi (che possono essere imprecise o non esaurienti)" (Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2197). A tale riguardo risulta ormai consolidata l'affermazione che l'onere in questione si intende osservato quando, come anche ricorda la Sezione remittente, l'atto introduttivo indichi la natura dei vizi denunciati, il numero delle schede contestate e le sezioni cui si riferiscono le medesime (Sez. V, 9 settembre 2013, n. 4474; 22 marzo 2012, n. 1630).

3.2. Sul punto, invero, l'Adunanza Plenaria non ravvisa alcun contrasto di orientamenti interpretativi, posto che, anche la giurisprudenza che, sul diverso tema dell'onere della prova, non si riconosce nell'indirizzo maggioritario, come meglio sarà chiarito, ribadisce "la massima consolidata secondo cui il principio di specificazione dei motivi, seppure lievemente temperato, richiede sempre, ai fini dell'ammissibilità del ricorso o delle singole doglianze, che vengano indicati, con riferimento a circostanze concrete, la natura dei vizi denunciati, il numero delle schede contestate, le sezioni di riferimento ..." (Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2197).

3.3. In argomento, tuttavia, meritano di essere condivise le proposizioni con la quali la giurisprudenza ha puntualizzato, per un verso, che l'osservanza dell'onere di specificità del motivo non assorbe l'onere della prova, posto che anche una denuncia estremamente circostanziata dell'irregolarità in cui sia incorsa la sezione elettorale, deve pur sempre essere sorretta da allegazioni ulteriori rispetto alle affermazioni del ricorrente; e, per altro verso, che un motivo anche strutturato in termini specifici può rendere inammissibile il ricorso allorché questo presenti caratteri tali da doversi qualificare come esplorativo (in particolare C.G.A. 13 giugno 2013, n. 581).

A questo ultimo riguardo è stato correttamente osservato che un ricorso recante motivi specifici può ugualmente risultare esplorativo ogniqualvolta emerga, ad una valutazione riservata al giudicante, che con esso si punti a conseguire il risultato di un complessivo riesame del voto in sede contenziosa, fermo restando, peraltro, che la finalità strumentale del gravame deve essere stabilita sulla base di elementi oggettivi, quali la dimensione quantitativa delle schede contestate, il numero delle sezioni elettorali interessate in rapporto al numero degli elettori coinvolti nella tornata sottoposta al vaglio giurisdizionale, potendo darsi il caso che la contestazione, in giudizio, di alcune migliaia di

schede non evidenzia finalità esplorativa di sorta (laddove, ad esempio, l'elezione abbia coinvolto un'ampia platea di elettori) e che, per contro, lo stesso ammontare di voti impliciti, in altri contesti, una rinnovazione pressoché integrale di uno scrutinio (quanto il voto abbia riguardato un ente di modesta dimensione demografica).

4.1. Il contrasto di orientamenti giurisprudenziali denunciato dalla Sezione remittente, effettivamente è riscontrabile sul diverso tema delle modalità con le quali l'onere della prova, imposto dall'art. 40, comma 1, lett. c), c.p.a., deve ritenersi validamente assolto in sede di ricorso elettorale.

Va avvertito, tuttavia, che il dissenso non concerne il principio che, come in ogni giudizio di legittimità, ma in modo particolare nella materia in esame, l'onere della prova subisca una attenuazione, analogamente a quanto si è detto per la diversa prescrizione concernente la specificità dei motivi di ricorso. Anche a questo riguardo, infatti, accade frequentemente che il soggetto interessato non disponga di elementi documentali idonei a provare le illegittimità in cui sia incorso il seggio elettorale, e che la prova della fondatezza della doglianza non possa essere raggiunta se non mediante l'esercizio dei poteri istruttori di cui dispone il giudice. Ove l'onere della prova dovesse applicarsi con il rigore ordinariamente imposto dalle norme processuali generali, che sanzionano con l'inammissibilità il ricorso non sorretto dalla prova delle censure dedotte, l'indisponibilità degli atti da parte del ricorrente finirebbe per privarlo del diritto di difesa (Sez. V, n. 2197 del 2014, cit., 9 settembre 2013, n. 4474).

Non a caso l'art. 64, comma 1, c.p.a., pone a carico delle parti l'onere di fornire gli elementi di prova "che siano nella loro disponibilità", prevedendo coerentemente, al successivo comma 3, il potere del giudice amministrativo di disporre anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione.

Si tratta, come è generalmente riconosciuto, della consacrazione in norme di diritto positivo della acquisizione dottrinale e giurisprudenziale che ha qualificato il modello processuale proprio del giudizio amministrativo come dispositivo con metodo acquisitivo (Cons. St., Sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7343), generato dall'esigenza di correggere l'istituzionale disuguaglianza tra le parti al di fuori del processo: la pubblica amministrazione che possiede il provvedimento e gli atti del procedimento, il privato che potrebbe incontrare difficoltà e subire ritardi per venirne a conoscenza.

4.2. Conseguenza da quanto detto che, nelle ipotesi ora accennate, secondo l'orientamento seguito dalla giurisprudenza prevalente, ricordato nella pronuncia di rimessione, l'onere gravante sul ricorrente debba considerarsi circoscritto alla allegazione di elementi indiziari, pur estranei agli atti del procedimento, ma dotati della attendibilità sufficiente a costituire un principio di prova plausibile ed idoneo a legittimare l'attività acquisitiva del giudice.

In particolare, si considerano sufficienti principi di prova le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà rilasciate, ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, da rappresentanti di lista, in epoca successiva alla proclamazione dell'esito della consultazione, anche se gli stessi soggetti non abbiano svolto contestazioni in sede di spoglio delle schede.

4.3. A tale orientamento si contrappone l'altra corrente giurisprudenziale, di cui riferisce la Sezione nella decisione in esame, come meglio specificato nella parte "Fatto", secondo cui le dichiarazioni di terzi non possono essere prese in considerazione quali principi di prova se non sorrette da un indizio documentale nei verbali delle operazioni elettorali, posto che i detti verbali sono atti pubblici fidejacenti e possono essere contrastati solo mediante querela di falso o sentenza penale che ne attesti la falsità.

Secondo il detto indirizzo, pertanto, le dichiarazioni sostitutive postume dei rappresentanti di lista, recanti notizie non riscontrabili sulla base dei verbali, si risolverebbero, inammissibilmente, nel tentativo di sovvertire la verità dei fatti, tenuto anche conto che i soggetti in questione avevano la possibilità e l'onere di svolgere le loro contestazioni in sede di scrutinio.

A sostegno della tesi della irrilevanza delle dichiarazioni sostitutive, particolare rilievo è attribuito dalla Sezione remittente alla pronuncia con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (13 giugno 2013, n. 581 già citata), ha ritenuto che il contrasto di orientamento della propria giurisprudenza rispetto a quella del Consiglio di Stato, pur oggettivamente riscontrabile sul punto, deve ormai considerarsi superato, in senso contrario alla utilizzabilità delle suddette dichiarazioni, in forza dell'art. 63, comma 3, c.p.a., che, abrogando il previgente divieto (Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 350; Corte Cost. 18 maggio 1989, n. 251), stabilisce l'esperibilità nel processo amministrativo della prova testimoniale.

"Se, infatti, - afferma la sentenza siciliana - oggi la legge processuale consente di avvalersi dell'istituto della testimonianza scritta - il cui contenuto, seppur liberamente valutabile dal giudicante, è comunque assistito da particolari garanzie di attendibilità derivanti dalla responsabilità penale prevista dall'ordinamento per chiunque affermi, in un giudizio, il falso -, allora nessun particolare rilievo probatorio, tantomeno ai fini del dovere di attivazione in via ufficiosa del giudicante, può assegnarsi a una dichiarazione scritta, ove pure resa nelle forme sostitutive di atto di notorietà ... Una dichiarazione del genere invero, ancor più che in passato, si presenta come un'inammissibile forma surrettizia di testimonianza." (pag. 25).

5.1. Ai fini della soluzione del detto contrasto l'Adunanza Plenaria ritiene necessario tenere distinte:

a) le doglianze con le quali si intenda contestare il contenuto del verbale sezionale, sostenendo che lo stesso non espone i fatti come realmente accaduti, dalle doglianze con le quali, b) fermo quanto emerge dal verbale, il ricorrente lamenta che le determinazioni assunte dal seggio siano il frutto di una errata e perciò illegittima applicazione della normativa che regola le operazioni in questione.

5.2. Con riferimento al primo gruppo di contestazioni, merita condivisione e conferma l'avviso secondo cui la forza fidefacente del verbale sezionale in quanto atto pubblico non possa essere validamente contrastata se non mediante l'esperimento della querela di falso, e che pertanto nessun rilievo probatorio può riconoscersi alle dichiarazioni sostitutive dell'atto notorio. In tali casi, anche la acquisizione officiosa degli atti del procedimento si rivelerebbe inutile, per l'evidente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a desumerne la fondatezza della doglianza.

5.3. La stessa conclusione non può estendersi, invece, alle ipotesi sub b), nella quali, come detto, si sottopone al giudice amministrativo, non la veridicità di un atto pubblico, bensì il vaglio della legittimità delle decisioni assunte dal seggio elettorale, giudizio che non potrebbe essere condotto senza l'esame di quella documentazione di cui il ricorrente non dispone e di cui occorre ordinare l'acquisizione mediante l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice anche d'ufficio.

6.1. Il Collegio non condivide la tesi che la dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio, prodotta a sostegno di un ricorso elettorale, non possa considerarsi principio di prova idoneo a legittimare la richiesta al giudice di disporre acquisizioni istruttorie.

A sostegno della posizione opposta, la Sezione remittente fa leva sugli enunciati del codice del processo amministrativo in tema di centralità della domanda di parte (art. 41, comma 1), di specificità dei motivi e di onere della prova (art. 40, comma 1, lett. c, 63, comma 1 e 3, 64 comma 1), proponibilità di motivi aggiunti (art. 43, comma 1), per inferirne che, specie con la prevista ammissibilità della prova testimoniale, e tenuto conto del ruolo qualificato da riconoscere ai rappresentanti di lista, il processo elettorale sia ormai configurato in modo da non lasciare spazio ad allegazioni che non siano in qualche modo tipizzate dalla normativa processuale.

Al riguardo va osservato che la recente codificazione ha bensì conferito maggior nettezza alle regole del processo amministrativo, in gran parte, peraltro, già vigenti, in virtù di massime giurisprudenziali consolidate, ma non ha introdotto novità sostanziali in tema di onere della prova, che risulta tuttora improntato al principio dispositivo con metodo acquisitivo (Sez. III, 10 settembre 2014, n. 4602; 16 luglio 2013, n. 3875; Sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 6159), che, come già ricordato, impone ai ricorrenti di fornire, non la prova della fondatezza delle pretese dedotte, bensì semplici elementi indiziari in merito all'esistenza dei vizi denunciati, in base ai quali il giudice, ritenute la attendibilità, eserciterà i poteri istruttori previsti dal c.p.a.. In questo quadro una esclusione aprioristica delle dichiarazioni sostitutive dell'atto notorio dal novero delle produzioni idonee a costituire principio di prova nel giudizio elettorale non appare sostenibile, ponendosi in contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione.

6.2. Né a diversa conclusione potrebbe pervenirsi in base all'art. 63, comma 3, c.p.a., che rende utilizzabile, nel processo amministrativo, la prova testimoniale, in precedenza non ammessa per incontrastato insegnamento giurisprudenziale.

Va osservato, preliminarmente, che non occorre nella specie prendere posizione circa le argomentazioni svolte dalla parte appellante nel senso della inammissibilità della prova testimoniale nel processo elettorale, posto che la relativa domanda non è stata avanzata né in primo grado né in appello.

Ritiene tuttavia il Collegio che non si ravvisino ragioni plausibili per sostenere, quanto meno con riguardo al processo elettorale, che, per effetto dell'ingresso nel c.p.a. della prova testimoniale, la dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio "*ancor più che in passato, si presenta come un'inammissibile forma surrettizia di testimonianza.*" (C.G.A. n. 581 del 2013, cit.).

Va tenuto presente che, per la peculiarità del contenzioso elettorale, quando, come nella specie, si richieda l'accertamento giudiziale delle illegittimità eventualmente commesse dalla sezione elettorale nella attribuzione dei suffragi o nella valutazione di validità o invalidità dei voti espressi, non potrà mai compiersi attribuendo valore dirimente alla prova testimoniale, senza procedere alla acquisizione e verifica diretta del materiale in contestazione da parte del giudice. Ove, infatti, sia materialmente possibile l'accesso del giudice al fatto, ossia al documento che contiene la vera prova dell'errore, non è consentito al giudice pervenire ad un legittimo convincimento sulla base di una rappresentazione indiretta del fatto medesimo.

Ne consegue che, nei casi anzidetti, la testimonianza scritta, acquisita nelle forme prescritte dal c.p.c., non può assolvere al ruolo, che le sarebbe proprio, di mezzo di prova, sulla base del quale definire il giudizio sulla fondatezza della doglianza, ma regredisce a mero principio di prova idoneo soltanto a legittimare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice.

In conclusione risulta incompatibile con il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, e lesivo del principio di

proporzionalità, che la produzione in giudizio di un principio di prova debba essere ammessa esclusivamente nelle forme sacramentali destinate alla formazione di un atto di valore giuridico compiuto e autosufficiente qual è la prova per testimoni.

È innegabile, peraltro, che l'innovazione codicistica in questione ha privato di fondamento quello che è stato l'argomento tranciante utilizzato dalla giurisprudenza contraria alla dichiarazione sostitutiva, ossia l'esclusione, all'epoca vigente, della testimonianza dal novero dei mezzi di prova ammessi nel processo amministrativo (C.G.A., 19 marzo 2010, n. 404).

Caduto tale ostacolo, ed ammesso, quindi, che le dichiarazioni di soggetti terzi a conoscenza di fatti rilevanti possono trovare ingresso nel processo costituendo principio di prova, la testimonianza e la dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio, entrambe garantite, sia pure nella diversa entità della pena, dalla eventuale responsabilità per reati di falso, non possano non assumere una rilevanza probatoria sostanzialmente equivalente.

6.3. Con più specifico riferimento al ruolo dei rappresentanti di lista nel procedimento elettorale, la Sezione remittente sostiene che la mancata verbalizzazione di loro osservazioni o contestazioni, in dissenso dalle decisioni del seggio, assumerebbe il valore di una sostanziale acquiescenza non più ritrattabile a mezzo della dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio.

A tale riguardo tuttavia, va ribadito che la rilevanza probatoria, nei limiti fin qui tratteggiati, della dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio, rilasciata dai rappresentanti di lista ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, non può essere esclusa ipotizzando un onere con effetto decadenziale che non trova conforto in alcuna norma e risulta anzi incompatibile con la facoltatività sia della presenza del rappresentante di lista (art. 32, comma 9, n. 4, d.P.R. n. 570 del 1960), sia della contestazione immediata di eventuali rilievi o dissensi (artt. 54 e 68 del medesimo d.P.R.).

Inoltre, l'ingresso nel processo della prova testimoniale ex art. 63, comma 3, c.p.a., non è privo di ricadute anche sulla tematica ora in esame. Nella sentenza Consiglio di Giustizia Amministrativa più volte richiamata (n. 581 del 2013) si afferma infatti: *"Se, invero, chi abbia interesse a contestare in giudizio lo svolgimento e l'esito di uno scrutinio elettorale dispone attualmente della possibilità di corredare la propria impugnativa di un supporto probatorio costituito da una testimonianza scritta (nei limiti, ovviamente, in cui un mezzo di prova costituenda di questo tipo sia ammissibile - v., tra gli altri, gli artt. 2721 e ss. c.c. - e non confligga con la fede privilegiata che assiste i verbali delle sezioni elettorali: artt. 2700 c.c. e 63, comma 5, c.p.a.), allora effettivamente può escludersi che sia sopravvissuto (per i ricorsi relativi ad operazioni elettorali di tornate svoltesi dopo il 16 settembre 2010), in capo ai rappresentanti di lista presenti allo scrutinio, un onere di puntuale verbalizzazione delle singole decisioni del seggio, non essendo le risultanze dei verbali compilati dalle sezioni elettorali l'unico mezzo di prova per accertare quanto avvenuto nel corso dello scrutinio;"*.

Tali proposizioni offrono argomento per confermare che la mancata verbalizzazione delle contestazioni da parte del rappresentate di lista, se - come afferma il C.G.A. - risulta irrilevante grazie all'avvento della prova testimoniale, il cui valore, peraltro - nelle ipotesi qui in esame - non va al di là del principio di prova, egualmente irrilevante deve ritenersi in caso di produzione di dichiarazioni sostitutive dell'atto notorio. Se, infatti, al rappresentante di lista si riconosce una sorta di *jus poenitendi* rispetto al preteso assenso tacitamente manifestato, in vista di una postuma prova testimoniale, sarebbe illogico non ammettere la stessa facoltà quando il ricorrente si avvalga del diverso principio di prova costituito dalla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà.

Né va trascurato, incidentalmente, che il rappresentante di lista, che avverta la erroneità di una determinata decisione del seggio in merito alla attribuzione di suffragi, può non percepire nell'immediatezza la rilevanza determinante dell'errore, che può invece manifestarsi solo alla conclusione delle operazioni. Deve pertanto essergli consentito, assumendo le responsabilità penali previste dall'art. 76, comma 1 e 3, d.P.R. n. 445 del 2000, fornire il proprio apporto probatorio anche in un momento successivo alla proclamazione degli eletti.

Omissis