

Oralità e giurisdizione esclusiva

Data di pubblicazione: 29 Aprile 2020

ENRICO GAZ, Oralità e giurisdizione esclusiva (tra esigenze defensionali e strumenti processuali)*.

ENRICO GAZ
(Avvocato)

Oralità e giurisdizione esclusiva (tra esigenze defensionali e strumenti processuali)

1 - Nella riflessione giuridica odierna uno dei profili che meritano attenzione rinnovata riguarda il rapporto tra l'impianto del processo amministrativo e le esigenze proprie di una cognizione estesa ai diritti soggettivi.

Sorta negli anni venti del secolo scorso quale ipotesi residuale e circoscritta (cfr. M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1815 e ss.), la giurisdizione esclusiva ha conosciuto, via via, uno sviluppo così rilevante da progredire verso una espansione abnorme. Anche una semplice scorsa alla lunga elencazione tracciata dall'art. 133 c.p.a. consente di cogliere come dalle circoscritte ipotesi (inferiori alla decina: cfr. L. MAZZAROLLI, *Il Consiglio di Stato come giudice di diritti soggettivi*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 235 e ss.) delineate dall'art. 38 del T.U. n. 1054 del 1924 (e poi confermate all'art. 7 della legge n. 1034 del 1971 - "legge T.A.R.") si sia approdati ora ad una accrescimento tanto lato da creare - all'interno della giustizia amministrativa - una giurisdizione di frequente ricorrenza pratica, tutt'altro che confinata entro casistiche limitate.

Analogamente a quella di legittimità, la giurisdizione esclusiva si è così venuta affermando come dimensione portante della attività del giudice amministrativo, estesa a campi diversissimi, individuati secondo criteri ora oggettivi, ora soggettivi, e per nulla sporadica, tanto da includere controversie in materia di servizi pubblici, di danno ambientale, di titoli di Stato, di governo del territorio, di diritto sportivo, di regolazione della concorrenza *et cetera*.

Questa radicale trasformazione evolutiva – che supera di slancio il modello monista scelto dal legislatore del 1865 (vedi S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, p. 44 ma anche S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47 ss., p. 52) - reca impresso il suggello della Corte Costituzionale che, con alcune mirate pronunce (in particolare le sentenze nn. 204 del 2004, n. 191 del 2006 e n. 35 del 2010), ne ha avallato la compatibilità con i principi ordinamentali. In esse, sposando una interpretazione, per così dire, estensiva del dettame rinvenibile nel primo comma dell'art. 103 Cost. ove si parla di "*particolari materie*", si è definito questo assetto coerente con l'ordine costituzionale ma nella misura in cui la scelta espansiva compiuta dal legislatore delegato risponda alla giusta esigenza di concentrare la tutela innanzi ad un unico plesso (vedi su questa *Rivista*, n. 1/2014, pag. http://www.lexitalia.it/p/14/cacciavillani_processo.htm I. CACCIAVILLANI, *Giusto processo e concentrazione delle tutele*), a garanzia della pienezza e dell'effettività della protezione offerta alle posizioni giuridiche di cui il cittadino è portatore.

2 – Quand'anche articolata nei limiti dei criteri di riparto individuati dalla nota sentenza della Consulta n. 204/2004, permangono in superficie nodi irrisolti, sostanzialmente riconducibili alla inadeguatezza degli strumenti offerti dal

codice del processo amministrativo.

L'incremento delle materie riservate alla giurisdizione esclusiva è tale che il giudice amministrativo *"in molti settori dell'ordinamento può ben dirsi ormai un giudice dei diritti al pari del giudice ordinario"* (così R. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro It.*, 2017, V, c. 123 ss.), ma la disciplina processuale non si differenzia, a seconda della giurisdizione esercitata dal giudice amministrativo, in termini di poteri cognitori, istruttori e decisorio.

Piuttosto, restano invariate alcune asimmetrie significative tra processo civile e processo amministrativo. Il codice introdotto dal D.Lgs n. 104 del 2010 ha sdoganato una ricezione robusta degli strumenti processual-civilistici, come nel caso dei mezzi di prova (ad eccezione di interrogatorio formale e giuramento: vedi art. 63, u.c., c.p.a.) oppure dell'estensione del procedimento per decreto ingiuntivo alle controversie *"aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale"* (art. 118 c.p.a.), ma *ius dicere* su posizioni di diritto soggettivo perfetto resta laterale rispetto alle esigenze e alle finalità per cui è stato pensato il giudizio amministrativo.

Si colgono, in buona sostanza, degli spazi umbratili sui quali vale la pena accendere i fari di una disamina condotta con lo spirito pragmatico di considerazioni aliene da avviticchiamenti teorici.

In dottrina (da ultimo, vedi A. PROTO PISANI, *Risposte possibili e ragionevoli alla progressiva estensione ai diritti della giustizia amministrativa*, in *Foro It.*, 2019, V, c. 461 ss.) sono già state scandagliate parecchie zone d'ombra, evidenziando significative distonie che il consolidarsi di una giurisdizione esclusiva tanto estesa comporta.

Come detto, il giudice amministrativo si occupa di diritti non più occasionalmente e si trova esposto ad un impegno copioso su questo versante: nondimeno, il giudizio amministrativo rimane un giudizio in cui è escluso il ricorso per cassazione per violazione di legge (vedi art. 111, u.c., Cost.) e dove – quindi – il Consiglio di Stato si trova a statuire in ultima istanza.

Ne deriva che il Consiglio di Stato è chiamato a pronunciarsi sulla interpretazione di norme civilistiche (in materia di obbligazioni, di contratti, di responsabilità civile) e, con esse, delle clausole generali, *in primis* quella di buona fede, privando le parti di un grado di giudizio quando i diritti afferiscono ad un soggetto che esercita funzioni pubbliche. In prospettiva sistematica, la discrasia è rimarcata dalla recente giurisprudenza di Cassazione che - in adesione alla sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018 - ha ricondotto ai soli limiti "esterni" della giurisdizione il suo sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato, ridimensionando la nozione di "eccesso di potere giurisdizionale" (cfr. Cass. Civ. SS.UU., 20 marzo 2019, n. 7926). Quale ulteriore conseguenza, si eclissa la "copertura" assicurata dalla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione: ad esempio, in materia risarcitoria gli orientamenti applicativi delle Sezioni Unite Civili riguardo al nesso di causalità, alla prova del danno, all'elemento psicologico sono sensibilmente differenziati rispetto a quelli predicati dall'Adunanza Plenaria (sul punto, sempre in questa *Rivista*, n. 7/2019, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2019/112918>, cfr. F. VOLPE, *Sull'attualità del sistema dualistico della giustizia amministrativa*).

Meno "di sistema" ma forse più di impatto da un punto di vista operativo è, invece, il rilievo che l'odierno processo amministrativo resta strutturato in concreto secondo un modulo di trattazione delle vertenze sotto molteplici aspetti difforme da quello del processo civile: se partiamo dall'assunto che quest'ultimo è stato modellato in aderenza alle esigenze proprie di una cognizione sui diritti, il primo – segnatamente in certe fasi – non sembra per nulla consentaneo a tali esigenze.

Esso non ha mondato del tutto il suo originario carattere impugnatorio-cassatorio e tale carenza adombra il rischio che la trattazione da parte del giudice amministrativo offra, in materia di diritti, tutele attenuate rispetto a quelle garantite dal giudice ordinario.

In verità, non mancano autorevoli opinioni dissonanti in chi reputa non diminuite ma persino accresciute dette tutele, data la possibilità di conseguire – a differenza del processo civile – l'annullamento del provvedimento e il ripristino del diritto (per tutti, F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 847 ss.): detto altrimenti, la rimozione dell'atto amministrativo *contra legem* si paleserebbe più soddisfacente della mera disapplicazione propria del giudice ordinario.

Purtuttavia, sono i “modi” in cui si esplica la tutela offerta dal processo amministrativo ad alimentare le insidie di un contraddittorio monco o di una trattazione claudicante, dal momento che i diritti vanno accertati in un processo sorto per la tutela degli interessi legittimi ed impostato sull’impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

3 – Il potenziale squilibrio processuale a cui si è sin qui accennato trova un punto focale nell’oralità della trattazione.

Il giudizio amministrativo nasce con un marcato sfavore per tale forma di trattazione, ben prima delle modalità “semplificate” oggi introdotte dall’art. 84 del D.L. n. 18 del 2020. Già l’art. 58 del c.d. “Regolamento di procedura” del 1907, vale a dire il R.D. 17 agosto 1907, n. 642, conferiva al Presidente il potere di “*limitare la discussione alle questioni fondamentali*”, discussione in cui – secondo il T.U. del 1924 - l’avvocato poteva “*essere ammesso a svolgere succintamente il proprio assunto*” (cfr. art. 41 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054). Ora il secondo comma dell’art. 73 del c.p.a. è altrettanto chiaro nell’affermare che “*nell’udienza le parti possono discutere sinteticamente*”.

Questa conduzione della trattazione riflette - del tutto comprensibilmente - gli obiettivi primi a cui era preordinato il processo amministrativo, pensato non per soppesare circostanze o per ponderare fatti ma per sindacare la legittimità di atti. Da qui, la debole considerazione di quanto, per converso, enfatizza la rappresentazione degli apprezzamenti di merito, cioè l’emersione - nel contraddittorio delle parti, incentivato dalle disposizioni processuali - delle varie prospettazioni valutative.

Non a caso, per un giudice attento a non smarrire ogni utile elemento di valutazione, l’oralità è una forma di trattazione imprescindibile e l’art. 180 c.p.c. è inequivoco nel disporre che “*la trattazione della causa è orale*”.

Come sappiamo, l’art. 180 c.p.c. assolve ad una portata più enunciativa che prescrittiva e, volgendo lo sguardo alle reali condizioni applicative, è del tutto evidente come si imponga nella prassi consueta una diffusa riluttanza ad assicurare alla trattazione orale spazi e tempi adeguati, il che trasforma in regola l’eccezione del contraddittorio scritto (R. MARENGO, voce *Udienza* (dir. proc. civ., in *Encl. Dir.*, vol. XLV). A questa tendenza fa da contraltare la fioritura di riti speciali, che ha trovato nell’oralità l’elemento di sintesi tra il completo dispiegamento del diritto di difesa e l’esigenza di speditezza nella trattazione degli affari civili.

Ciononostante, è indubbio che una vertenza civile vede confermate svariate occasioni di interlocuzione dialogica tra giudice e difensore. Nel processo civile sono in ogni caso assicurate possibilità rafforzate di confronto rispetto alla cura ordinaria di un giudizio amministrativo. Non ci si riferisce solo alle varie udienze in cui può articolarsi (tra l’udienza di prima comparizione e quella di precisazione delle conclusioni, eventualmente con l’appendice di una udienza di discussione) una causa civile ma alla pluralità di dissimiglianze procedurali nella trattazione vera e propria. Emblematico è il caso dell’impossibilità di richiedere nel processo amministrativo le memorie di trattazione introduttiva ex art. 183, sesto comma, c.p.c. e, tra esse, soprattutto la memoria n. 3. Infatti, la mancanza - per la previsione di un unico termine di produzione documentale - di un termine a prova contraria lascia molte volte insoluto il problema di un contraddittorio idoneo, tanto più in giudizi che vedono spesso negli atti scritti la cornice di maggior rilievo della vertenza.

Si somma a tutto questo il fatto che il giudizio amministrativo è, come sappiamo, un giudizio ad udienza tendenzialmente unica, fatte salve le udienze cautelari. Qui si coglie una evidente sfasatura tra processo amministrativo e processo civile e questa disarmonia, che nega al primo una sua strutturazione in sequenza di udienze e di attività con reciproche prese di posizioni delle parti contrapposte e con provvedimenti del giudice, non è di poco momento sul versante delle tutele dei diritti del cittadino e degli strumenti defensionali di chi lo patrocinava.

La giurisdizione esclusiva evoca – di frequente - trattazioni di particolare complessità, specialmente in fatto, come ad esempio per le questioni di responsabilità e per i correlati riverberi risarcitori, nelle quali diventa decisivo investigare il comportamento dell’agente e scandagliare natura ed entità del danno, spesso ponendosi in un’ottica *ex ante*, cioè nella situazione in cui la fattispecie si trovava posteriormente: da qui l’inadeguatezza di una trattazione concentrata in una sola udienza e preparata senza una congrua dialettica istruttoria.

4 - Va da sé che il nodo or ora messo a fuoco non può essere slegato in forza del rinvio esterno di cui all’art. 39 c.p.a., né può essere disannodato senza un intervento normativo di riassetto del processo amministrativo, che ben

potrebbe ispirarsi alla esperienza quasi secolare e ampiamente roduta del processo in materia di acque pubbliche dove il Tribunale Superiore opera (sia come giudice dei diritti che come giudice della legittimità degli atti) con un rito speciale di matrice civile (pur tra un doppio rinvio dinamico al c.p.c. e al c.p.a.: vedi M. BURICELLI, *Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e il suo contenzioso*, in www.amministrativistiveneti.it).

A disciplina invariata, deve essere però rimarcata l'opportunità, se non la necessità, di praticare e perseguire quanto promuove un dibattito effettivo. La giurisdizione esclusiva esige la valorizzazione, forse l'utilizzazione "estrema", di segmenti processuali capaci di bilanciare il disequilibrio che altrimenti verrebbe a crearsi verso la ordinaria trattazione civile.

Acquista così centralità un profilo di notevole impatto pratico, anche se relegato nella penombra dell'odierna riflessione sulla giurisdizione esclusiva, assorbita senza soluzione di continuità dalla sempre attuale questione dei criteri di riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa e dei mobili confini tra le stesse laddove si faccia questione di diritti soggettivi (cfr. F. SCIARETTA, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in www.federalismi.it n. 3/2018). Com'è ovvio il tema investe principi di indubbio tenore costituzionale. È nota infatti la rilevanza, nella giurisprudenza della Consulta, della lettura in combinato disposto tra gli artt. 3 e 24 Cost., secondo cui analoghe posizioni giuridiche sostanziali devono godere di pari effettività di tutela, non potendo il processo divenire uno strumento surrettizio per sperequare diritti identici, a seconda se azionati contro privati o enti pubblici (Corte cost. sent. n. 21 del 1961).

Costituisce opinione comune che l'innesto della giurisdizione esclusiva non è stato accompagnato da una rimodulazione del processo in funzione delle esigenze proprie della tutela dei diritti (cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 38) e che per il giudice amministrativo andrebbe concepito "*un processo uguale a quello con cui si tutelano gli altri diritti soggettivi*" (così E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 508 e ss.) dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria: questo non ci esime dal marcare ogni pertugio utile di conversione del giudizio verso un completo dibattito, posto che spetta alla giurisdizione amministrativa il compito di assicurare "*una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*" (art. 1 c.p.a.).

L'ambito in cui il giudice amministrativo si pronuncia sui diritti soggettivi non è soltanto cresciuto a dismisura ma involge settori delicati e importantissimi della vita economica e sociale del paese, il cui trattamento giudiziale non può disattendere il canone fissato all'art. 1 c.p.a.

In tale direzione è sicuramente il recupero di una oralità integra, che può assolvere a questo obiettivo di piena effettività, liberando l'udienza da modalità di conduzione dissuasive della discussione e recuperando l'utilità di un dibattito reale (in cui addurre argomentazioni non sviluppate nelle difese scritte o richiamare l'attenzione del collegio su profili centrali della vertenza) che può eventualmente esigere la riconvocazione di ulteriori udienze in cui consentire altre discussioni *et similia*.

È (quantomeno) opportuno coltivare questa dimensione non per una pretesa corporativa del mondo forense ma per garantire effettività di protezione alle aspettative del cittadino, come si premura di sottolineare il comma 7 dell'art. 7 c.p.a.

Se, come la migliore dottrina ha evidenziato da tempo, la giurisdizione esclusiva non può essere concepita solo come la risultante di un passaggio di attribuzioni dall'autorità giudiziaria ordinaria al giudice amministrativo "*quasi che le controversie del primo siano state soltanto trasferite al secondo*" (così V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, p. 18), va mitigato il rischio che la sottrazione della controversia al giudice civile dia luogo ad un affievolimento delle potenzialità di tutela dei diritti soggettivi.