

Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo.

di **Maria Alessandra Sandulli**

Focus del 01 maggio 2020

Il “regalo” per la Festa del lavoro che gli avvocati amministrativisti hanno trovato oggi al loro risveglio è l’ennesima modifica delle regole del processo amministrativo emergenziale, attualmente disciplinato dall’art. 84 d.l. n. 18 del 17 marzo, come parzialmente modificato dall’art. 36 d.l. n. 23 dell’8 aprile...

Il “regalo” per la Festa del lavoro che gli avvocati amministrativisti hanno trovato oggi al loro risveglio è l'ennesima modifica delle regole del processo amministrativo emergenziale, attualmente disciplinato dall'art. 84 d.l. n. 18 del 17 marzo[1], come parzialmente modificato dall'art. 36 d.l. n. 23 dell'8 aprile[2].

I fondati dubbi di legittimità costituzionale espressi dalle “commentatissime” ordinanze gemelle del 21 aprile scorso della sesta sezione del Consiglio di Stato sul “contraddittorio cartolare coatto”[3] e l'esigenza di un sollecito ritorno alla discussione orale rappresentata dagli avvocati amministrativisti – in varie sedi – e dalle relative associazioni e sostenuta da autorevoli esponenti dell'accademia e della magistratura[4], in un coro unanime a favore del contraddittorio orale, inducevano a confidare nell'imminenza di una “effettiva” apertura delle udienze (camerali e pubbliche) con la partecipazione delle parti in modalità da remoto.

Le norme processuali che si sono succedute in questo periodo emergenziale ci hanno però tristemente insegnato che l'effettività del contraddittorio è sempre più un “miraggio”.

Il d.l. 28 dedica alla giustizia amministrativa l'art. 4.

Le disposizioni di più immediato interesse sono contenute nel comma 1 e costituiscono un esempio di confusione e di incertezza.

La novella, perdendo un'opportuna occasione per riparare alle criticità sollevate dall'art. 36, comma 3, del d.l. 23, non tocca ulteriormente la sospensione dei termini processuali, che restano quindi sospesi solo fino al 3 maggio[5] e solo per la notificazione dei ricorsi (espressione da leggere ovviamente in senso onnicomprensivo di qualunque tipo di “azione” intrapresa davanti al giudice amministrativo, anche all'esito dell'opposizione a ricorso straordinario[6]). Si è persa parimenti un'altra occasione per risolvere il problema dell'applicabilità della sospensione al ricorso straordinario[7] (cfr).

Dal 4 maggio, i termini processuali tornano pertanto ad essere quelli stabiliti dal codice del processo amministrativo e l'attenzione – e le problematiche – si concentrano sulle modalità di celebrazione delle udienze (camerali e pubbliche) e sulla discussione orale.

Inizia però un nuovo walzer.

L'art. 4 si apre con la proroga di un mese (dal 30 giugno si va al 31 luglio) del termine del periodo in cui le udienze dovranno soggiacere al regime emergenziale.

La cattiva (ancorché prevedibile) notizia è però subito dopo, “addolcita”, ma, come si dirà, solo parzialmente, dalla previsione che *“dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici”*.

La disposizione è di difficile interpretazione e lascia già avvertire le insidie che saranno meglio articolate e dettagliate nei periodi successivi.

Cercherò di rappresentarle seguendo l'ordine delle disposizioni.

La prima è nel periodo di operatività della novella. A cosa si riferiscono le date del 30 maggio e del 31 luglio?

Dal momento che il 31 luglio è indicato anche come termine del periodo emergenziale (sicché, dal 1 agosto, almeno le udienze cautelari, dovrebbero in tesi poter essere celebrate in presenza), pare coerente pensare che le date si riferiscano alla celebrazione delle udienze e non alla presentazione delle istanze. Ma allora perché il *dies a quo* è il 30 maggio, che è un sabato e non il 1 giugno, che è un lunedì e per giunta di inizio mese? Sembra appena il caso di osservare che, se il termine fosse riferito alla presentazione dell'istanza, la possibilità di celebrare udienze con discussione orale sarebbe ulteriormente dilazionata (di 5 giorni per le udienze cautelari e di 10 o addirittura 20 giorni per quelle di merito).

Il generico riferimento alla presentazione di un'istanza senza ulteriori precisazioni o condizioni fa aprire il cuore alla speranza a quanti, leggendo la bozza di decreto-legge, avevano immediatamente rilevato l'inaccettabilità della regola (contenuta in quella originaria versione), che subordinava la discussione orale a una *“istanza congiunta”*. Purtroppo l'illusione del lettore che vorrebbe provare a godersi il giorno di festa dura poco e la lettura del terzo periodo aggrava l'amarezza del risveglio di un 1 maggio in *lock down*. I

possibili limiti all'accoglimento dell'istanza sono peraltro già preconizzati nella seconda parte del secondo periodo: che vuol dire "con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza"? Ci si riferisce solo a "modalità tecniche" o comprende l'effettiva possibilità, per varie ragioni personali, dei singoli difensori (o delle parti nei casi in cui essi non siano necessari) di connettersi da remoto? E ancora: che vuol dire "comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici"? La discussione orale è, come dovrebbe essere, un diritto effettivamente esercitabile dal 30 maggio (*recte*, dal 1 giugno) o un auspicio, che può realizzarsi solo all'esito del superamento di una serie di "soffocanti" ostacoli?

Ed eccoci al terzo periodo: l'istanza, in realtà, è accolta (solo) se presentata "congiuntamente da tutte le parti costituite"!!.

Il primo problema è sostanziale: premesso che la discussione è momento fondamentale del contraddittorio non soltanto per una interlocuzione diretta col giudice, ma anche per consentire un effettivo diritto di replica alle difese delle altre parti, come può essere effettivamente garantito un contraddittorio che vede prevalere la posizione di chi vuole privare le altre parti di un loro diritto?

Il secondo è procedimentale: cosa vuol dire "congiuntamente"? Al di là della facile ironia su un termine che in questa fase emergenziale sta offrendo massimo stimolo alla nostra fantasia, non si può certo pensare che la richiesta debba essere unica/contestuale (complicazione evidentemente inutile) e si deve dunque più logicamente ritenere che essa debba essere semplicemente concorde/condivisa da tutte le parti costituite.

Sorge a questo punto un ulteriore (e tutt'altro che minimale) problema per le udienze cautelari: le parti che si costituiscono dopo la scadenza del termine per la presentazione della richiesta di discussione, possono ancora bloccarla? La disposizione sembrerebbe escluderlo, ciò che però crea una evidente distonia di sistema.

La distonia è in effetti di carattere più generale nella fissazione di un termine per la presentazione dell'istanza di discussione coincidente (per le udienze di merito) o addirittura antecedente (per quelle cautelari) alla presentazione degli scritti difensivi (e per le udienze cautelari addirittura al termine di deposito dei documenti). Come si fa a decidere se chiedere o meno la discussione prima di conoscere le posizioni e gli argomenti/documenti delle controparti? Il problema, peraltro, si aggrava in relazione alla possibilità, prevista dall'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 17 marzo e tutt'ora in vigore, che le "altre parti" presentino note d'udienza anche per il merito.

A quest'ultimo proposito, il legislatore avrebbe dovuto, invero, semmai cogliere l'occasione per "sfalsare" il termine entro il quale l'art. 84, comma 5, impone di presentare l'eventuale richiesta di rimessione in termini in relazione a quelli che non sia stato possibile presentare per effetto della sospensione temporale dal 23 febbraio al 15 aprile e il termine per la presentazione delle "brevi note": la decisione se accettare o meno il passaggio in decisione "allo stato degli atti" può essere invero condizionata dal contenuto di tali note.

Spiace constatare che, ancora una volta, il legislatore tara le regole del processo unicamente sulle esigenze organizzative degli uffici della giustizia amministrativa, sicuramente fondamentali, ma evidentemente non uniche, né tanto meno prevalenti sul diritto a un contraddittorio effettivo.

La lettura degli ulteriori passaggi della novella non offre purtroppo elementi di conforto.

"Negli altri casi – si legge nel quarto periodo – il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto". Si conferma dunque che le parti non interessate o contrarie alla discussione orale (le "altre parti") possono (oltre a non presentare la relativa istanza) rappresentare la propria impossibilità di partecipare all'udienza (circostanza che, a regime, può già determinare un rinvio se il presidente lo accorda), o anche semplicemente "opporsi" a che l'istante o gli istanti discutano (!). Starà dunque ai presidenti (e alla loro sensibilità, inevitabilmente condizionata dall'affollamento dei ruoli e dalle esigenze organizzative) operare un bilanciamento dei contrapposti interessi e accogliere o meno l'istanza alla luce del comportamento (semplicemente inerte, più o meno giustificatamente, contrario, o, magari, anche tardivamente adesivo) delle "altre parti". In assenza di un termine massimo entro il quale queste ultime possono esternare le ragioni di mancata presentazione dell'istanza, gli originari presentatori di questa saranno però lasciati nell'incertezza sul relativo

accoglimento.

L'incertezza sulle concrete modalità di celebrazione dell'udienza (con o senza discussione orale) è confermata dal quinto periodo che prevede la possibilità che il presidente del collegio disponga, comunque, qualora lo ritenga necessario, "con decreto", la discussione orale da remoto, anche in assenza di istanza di parte.

E l'incertezza pervade anche il termine entro il quale le parti saranno rese edotte della decisione assunta e, salva l'ipotesi appena considerata (decisione assunta d'ufficio), la forma in cui questa sarà assunta.

Il sesto periodo si limita infatti a disporre che "in tutti casi in cui sia disposta la trattazione da remoto, la segreteria comunica, almeno un giorno prima della trattazione, l'avviso dell'ora e delle modalità di collegamento". La comunicazione riguarda dunque soltanto le modalità organizzative, ma presuppone, evidentemente, una decisione già assunta e, auspicabilmente, già resa nota alle parti (ma quando?).

A sua volta, la formula "almeno un giorno prima" per la comunicazione della segreteria è tutt'altro che chiara: ragionevolmente, dovrebbe essere letta come "entro le h 24 dell'antivigilia" dell'udienza (retroagenti alle h 24 del primo giorno non festivo se l'antivigilia fosse festivo).

Il settimo e l'ottavo periodo "entrano" nella nuova "udienza", stabilendo rispettivamente che il verbale di udienza dia atto delle modalità con cui si accerta l'identità dei partecipanti e la libera volontà delle parti (da eventuali illeciti condizionamenti) anche ai fini della disciplina sulla privacy; e che il collegamento da remoto è considerato udienza (camerale o pubblica) a tutti gli effetti.

Gli ultimi due periodi cercano ulteriori strumenti per arginare il rischio di "appesantimento" dell'udienza nell'ipotesi in cui, nonostante gli ostacoli già disseminati sull'arduo percorso di chi intende valersi del diritto a discutere, le udienze da remoto stimolino una maggiore mole di discussioni orali.

Il nono periodo, per "incentivare" la rinuncia *in extremis* alla discussione, introduce infatti la possibilità che "in alternativa alla discussione (verosimilmente nei casi diversi da quello in cui sia stata disposta in via ufficiosa dallo stesso giudice ai sensi del quinto periodo) possono essere depositate note di udienza fino alle ore 9 antimeridiane (anglofonia totalmente inutile) del giorno dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza". La rinuncia alla discussione, come nell'udienza in presenza, non preclude evidentemente in questo caso la discussione delle altre parti.

Si tratta peraltro di una regola che, come più volte suggerito, potrebbe essere introdotta anche a regime, ma che richiederebbe una chiara e rigorosa delimitazione dimensionale delle suddette note di udienza.

Tanto più che seconda misura "anti appesantimento" delle udienze prevista dal decimo e ultimo comma dell'art. 4, comma 1, d.l. 28 riguarda l'introduzione, dopo il tanto criticato contingentamento delle dimensioni degli scritti difensivi, di quello dei tempi della discussione, che la novella demanda di stabilire a un apposito decreto del Presidente del Consiglio di Stato recante misure di "digitalizzazione" che dovrebbe riguardare, *inter alia*, l'introduzione di modalità telematiche anche nel procedimento per ricorso straordinario.

La preoccupazione per l'utilizzo delle norme emergenziali per introdurre disposizioni che possano modificare l'esercizio di difesa è evidentemente altissima.

[1] Su cui cfr. M.A. Sandulli, "Vademecum sulle ulteriori misure anti-covid19 in materia di Giustizia Amministrativa: l'art. 84 del Decreto Cura-Italia", in questo Osservatorio (Documentazione); F. Francario, "L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa: le nuove misure straordinarie per il processo amministrativo", *ibidem*; C. Saltelli, "La tutela cautelare dell'art. 84 d.l. n. 18 2020", in www.giustizia-amministrativa.it; e F. Volpe, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in www.lexitalia.it. Cfr. anche le Direttive del Presidente

del Consiglio di Stato del 19 marzo, in questo Osservatorio, con commento di M.A. Sandulli, *“I primi chiarimenti” del Presidente del Consiglio di Stato sul “Decreto Cura-Italia”*.

[2] Su cui si rinvia alle riflessioni critiche svolte nello scritto *“Nei giudizi amministrativi la nuova sospensione dei termini è “riservata” alle azioni: neglette le posizioni dei resistenti e dei controinteressati e il diritto al “pieno” contraddittorio difensivo”*, in *federalismi.it* del 9 aprile, con *Postilla* del 10 aprile.

[3] Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539.

[4] Cfr, per tutti il *webinar* del 24 aprile 2020 su *“Processo amministrativo e Covid”*, coordinato da M.A. Sandulli, con interventi di F. Francario, M. Lipari, L. Maruotti, G. Montedoro, G. Morbidelli, P. Portaluri, M. Ramajoli, C. Saltelli, S. Santoro, R. Savoia, G. Severini, M. Spasiano, e il contributo di C. Volpe, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 27 aprile 2020.

[5] Non si può peraltro mancare di segnalare l'urgenza di rivedere il nuovo testo dell'art. 103, comma 1-bis, del d.l. n. 18, come recentemente convertito dalla l. 24 aprile n. 27 (successiva quindi al d.l. 23) che, incomprensibilmente, afferma l'applicabilità della sospensione dei procedimenti amministrativi *“23 febbraio al 15 aprile”* altresì *“ai termini ... di svolgimento di attività difensiva e per la presentazione di ricorsi giurisdizionali”*.

[6] In tal senso, già, oltre alla stessa Relazione illustrativa del d.l., e alle mie riflessioni critiche del 9 aprile, la circolare del Presidente del Consiglio di Stato del 20 aprile 2020, e il recentissimo scritto di M. Lipari, *“L'art. 36, comma 3, del decreto legge n. 23/2020: la sospensione parziale dei termini processuali è giustificata? Verso una lettura ragionevole della norma”*, in *federalismi.it*.

[7] Cfr. M.A. Sandulli, *“Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)”*, in *federalismi.it*.