

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Prove tecniche di estromissione dell'avvocato dal processo amministrativo. Il giusto processo amministrativo alla prova del Decreto "Cura Italia"

di Ignazio Lagrotta

(Professore aggregato di Istituzioni di Diritto pubblico Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")

Sommario

1. Delimitazione del tema d'indagine. 2. Trattazione orale nell'attuazione e giusto processo amministrativo. 3. La discussione orale nel processo amministrativo dell'emergenza: una rinuncia tollerabile? 4. Brevi conclusioni: l'anello che non tiene.

Abstract

The urgent measures to face the epidemiological emergency "COVID-19" are stated in the Law Decree 17 March 2020. In this regard, the essay critically analyses the art. 84 on the regulatory choice to exclude "oral discussion" from administrative processes.

It is highlighted the importance of oral argument in the administrative process with respect for constitutional principles and rights, regardless the stated emergency regime.

Although the public emergency contingency plan could implicate derogations from ordinary discipline, these must be minimalized regarding the constitutional and legal rights, among which the oral discussion is certainly included.

Hence, the drastic abolition of the oral discussion appears unreasonable and disproportionate, since the oral defence is a very useful, perhaps indispensable, value to ensure the full contradictory and then adequate defence in the administrative.



1. Delimitazione del tema d'indagine

L'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 introduce «nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa»¹. Si tratta di una normativa emergenziale² con la quale, al fine di garantire l'espletamento delle attività giudiziarie nella giurisdizione amministrativa³, il legislatore ha adottato misure straordinarie, derogatorie delle norme processuali vigenti⁴, da applicarsi per un periodo temporalmente limitato «fino al 30 giugno 2020»⁵.

Tra le misure introdotte «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo» si ritiene opportuno svolgere qualche riflessione in merito alla ragionevolezza della soppressione della «discussione orale» sancita, per il momento, «fino al 30 giugno 2020».

Nello specifico:

¹ Va segnalato che, al momento in cui si scrive, il Senato ha approvato, in data 9 aprile 2020, il Disegno di legge: S. 1766 di «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi» (approvato dal Senato) (2463). In sede di conversione non sono state introdotte modifiche sostanziali all'impianto delineato dall'art. 84.

² Per una prima analisi dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo si v. 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*, n. 1/2020; M. A. SANDULLI, *Vademecum sulle ulteriori misure anti-covid19 in materia di Giustizia Amministrativa: l'art. 84 del decreto "Cura Italia*, in *lamministrativista.it*, 17 marzo 2020; M. A. SANDULLI, *I "primi chiarimenti" del Presidente del Consiglio di Stato sul "Decreto cura Italia"*, in *lamministrativista.it*, 20 marzo 2020; F. FRANCIARIO, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it*, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19, n. 1/2020; F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in *LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 3/2020; C. SALTELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n. 18*, in *giustizia-amministrativa.it*, 24 marzo 2020; P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, in *LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 3/2020.

³ Sul punto si rinvia a F. PATRONI GRIFFI, *Direttiva Presidente del Consiglio di Stato*, 19 marzo 2020. Nelle premesse si sintetizza che «la nuova disposizione disegna un sistema le cui novità principali sono, rispetto alla normativa emergenziale dell'abrogato decreto-legge n. 11/2020, le seguenti:

1. il prolungamento della sospensione obbligatoria delle udienze sino al 15 aprile, con possibilità di celebrare udienze già dal 6 aprile ove le parti congiuntamente lo richiedano;
2. la precisazione circa la natura omnicomprensiva dei termini oggetto di sospensione;
3. il definitivo consolidamento di un'udienza sulla base degli scritti e degli atti senza discussione orale, con la possibilità di presentazione di brevi note in prossimità della data fissata per la decisione;
4. la previsione della rimessione in termini per le parti che, a causa della sospensione, non abbiano fruito di termini pieni per il deposito di documenti e memorie, con conseguente assegnazione, da parte del giudice, di nuovi termini dimezzati;
5. sul versante cautelare, il tramutamento, ex lege, nel periodo di sospensione, della decisione cautelare collegiale in monocratica».

⁴ E. FOLLIERI – A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, WK e Cedam, 2015.

⁵ Per un approfondimento si rinvia al focus – Osservatorio Emergenza Covid-19, sul sito *federalismi.it* ed a quello – Emergenza Coronavirus sul sito di *giustizia-amministrativa.it*.



- dal 15 aprile e fino al 30 giugno tutte le controversie fissate per la trattazione, salva l'ipotesi residuale di rimessione in termini, passano in decisione senza discussione orale (art. 84, comma 5⁶).

Tale disposizione desta dubbi, pur se analizzata – come è necessario fare – alla luce della situazione di emergenza⁷ che il mondo vive e che è stata dichiarata dalle Organizzazioni internazionali (OMS)⁸ e, tra i tanti, dal Governo Italiano⁹. Pare infatti non essere informata al principio del minimo mezzo su cui il diritto emergenziale ruota, per il quale ai diritti – sia costituzionali sia legali – possono essere imposte eccezionali restrizioni e limitazioni – anche assai pesanti – ma comunque solo nei limiti di necessità. Tra i diritti (almeno) legali delle persone senza dubbio si iscrive quello di essere difesi in giudizio «anche oralmente», nel corso di una udienza o di una trattazione camerale con l'assistenza degli avvocati di parte, quando tale modalità è prescritta dalla disciplina processuale ordinaria. Com'è, pianamente, nel caso qui in analisi.

Una prima macroscopica distonia si osserva all'interno del provvedimento legislativo. Giacché prevede, per il medesimo arco temporale, che la trattazione delle cause civili¹⁰,

⁶ L'art. 84, comma 5, stabilisce che «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso». Si segnala che in sede di conversione del d.l., con la proposta di modifica 84.1 al DDL n. 1776, al comma 5 le parole: «su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare le note» sono sostituite dalle parole: «su istanza depositata entro cinque giorni liberi prima dell'udienza».

⁷ Per una riflessione sulle questioni aperte dall'emergenza si rinvia all'editoriale di B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020 e nella stessa rivista all'*Osservatorio Emergenza Covid-19* ed *ivi* in particolare L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19, n. 1/2020;

⁸ Si v. la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020.

⁹ Si v. dpcm del 31 gennaio 2020 (in G.U., 1° febbraio 2020, n. 26) - Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili ed è da quel momento che «si diparte la porzione finale della "catena normativa" che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata nel nostro Paese ormai da due mesi» in tal senso si v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, giurcost.it, 11 aprile 2020; per una interessante analisi dell'utilizzo dello strumento della decretazione d'urgenza nell'attuale fase emergenziale si rinvia a F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica covid19, decretazione d'urgenza e costituzione materiale*, in *Nomos*, 1-2020 sinteticamente l'A. evidenzia come «la Costituzione materiale già oggi consente tutte le innovazioni parlamentari straordinariamente necessarie e urgenti a fronteggiare l'emergenza epidemiologica Covid19» infatti «vista l'attuale perdurare dell'emergenza epidemiologica Covid19, nonché il susseguirsi di provvedimenti d'urgenza (...) potrebbe oggi essere "vitale" – più che opportuno – far leva sul concetto di elasticità della Costituzione» evitando così il punto di «rottura del Patto costituzionale», in dottrina F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁰ L'art. 83, comma 7, lett. f) stabilisce che «la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzate all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione, mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il



penali¹¹ e di responsabilità contabile¹² possa contemplare collegamenti da remoto, richiedendo – ragionevolmente – che le modalità siano «idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti»¹³. Tra l'altro in sede di conversione del d.l. la possibilità di discussione orale, seppur su richiesta, è stata estesa anche al giudizio pensionistico «tutte le controversie pensionistiche fissate per la trattazione innanzi al giudice contabile in sede monocratica, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, salva espressa richiesta di una delle parti di discussione orale, da notificare, a cura del richiedente, a tutte le parti costituite e da depositare almeno dieci giorni prima della data di udienza»¹⁴. E' evidente, pertanto, «il possibile arretramento

contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale».

¹¹ L'art. 83, comma 12, stabilisce che «Ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

¹² L'art. 85, comma, 3 lett. e) stabilisce che «la previsione dello svolgimento delle udienze e delle camere di consiglio che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, ovvero delle adunanze e delle camere di consiglio che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai rappresentanti delle amministrazioni, mediante collegamenti da remoto, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione all'udienza ovvero all'adunanza ovvero alla camera di consiglio, anche utilizzando strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi o con ogni mezzo di comunicazione che, con attestazione all'interno del verbale, consenta l'effettiva partecipazione degli interessati. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato aula di udienza o di adunanza o camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Le sentenze, le ordinanze, i decreti, le deliberazioni e gli altri atti del processo e del procedimento di controllo possono essere adottati mediante documenti informatici e possono essere firmati digitalmente, anche in deroga alle disposizioni vigenti».

¹³ Va segnalato che in sede di conversione del d.l., prima dell'opposizione della fiducia da parte del Governo, era stata presentata dai senatori Sudano, Conzatti, Comincini, Nencini, Sbroliini, Vono, Cucca la proposta di modifica n. 84.1 al DDL n. 1766. Per quello che qui interessa con tale proposta si voleva sostituire il comma 6 con il seguente: «6. Le parti, con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare entro cinque giorni liberi prima della data fissata per la trattazione, possono richiedere lo svolgimento delle udienze pubbliche e camerale che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante collegamenti da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'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. In tal caso è assicurato congruo avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti. Anche il Collegio, nel medesimo termine sopra indicato, può disporre la discussione orale, previa apposita comunicazione alle parti. Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati, il personale addetto e i difensori delle parti è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge». Si trattava sostanzialmente di recuperare l'iniziale previsione dell'istituto dell'udienza telematica di cui al d.l. n. 11/2020 che poi come si è detto in sede di conversione è stata abbandonata.

¹⁴ Come emerge dalle modifiche introdotte in sede di conversione da parte del Senato.



che il sistema di giustizia amministrativa rischia di subire rispetto alle altre giurisdizioni»¹⁵.

D'altronde l'art. 3, comma 5, del d.l. 8 marzo 2020 n. 11 (abrogato dall'art. 84, comma 11, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18) aveva inizialmente introdotto l'udienza telematica¹⁶ nel processo amministrativo, di cui poi si è persa irragionevolmente traccia tanto da far anticipare da autorevole dottrina che possa essere stata «un'occasione perduta»¹⁷.

2. Trattazione orale nell'attuazione e giusto processo amministrativo

I principi afferenti al c.d. «giusto processo»¹⁸ o «equo processo», secondo quanto previsto dall'art. 111 della Costituzione, dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950, si compendiano nel diritto della persona i cui diritti siano stati lesi di fare ricorso ad un giudice terzo, vedendosi garantito il completo contraddittorio e con esso il diritto di essere sentito.

L'art. 6 della CEDU sancisce una "equa e pubblica udienza" con un confronto orale; principio al quale, secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, potrebbe derogarsi ma solo previa analisi caso per caso¹⁹.

¹⁵ In termini S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020.

¹⁶ Sulle prospettive della crisi come possibilità di aprire nuove possibilità si rinvia all'interessante contributo di F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, giurcost.it, 17 aprile 2020.

¹⁷ S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, l'A. «muovendo dall'esame decreti-legge che, in occasione dell'emergenza epidemiologica «Covid-19», si sono susseguiti con riferimento alla disciplina del processo amministrativo, il contributo analizza criticamente la scelta normativa di escludere la celebrazione di una vera e propria udienza telematica in seno al D.L. «Cura Italia» n. 18/2020, in contraddizione con l'iniziale previsione dell'istituto nel D.L. n. 11/2020, di poco anteriore. Si evidenzia come il recupero dell'istituto non sia stato considerato neppure nell'ultimo d.l. «Liquidità» n. 23/2020. Il saggio rimarca l'importanza del contraddittorio orale nel processo amministrativo. Si conclude auspicando che il legislatore si orienti a breve per un ripensamento che consenta la celebrazione di una «udienza» propriamente detta anche nella forma, oggi necessitata ma a regime utilissima, del collegamento da remoto tra magistrati del collegio giudicante e difensori delle parti, così come già previsto per il processo civile e contabile».

¹⁸ E' stato osservato come la formula "giusto processo", introdotta dal novellato art. 111 Cost., a tenor del quale "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge", in particolar modo per quanto attiene al processo amministrativo non sembra affatto che abbia introdotto in Costituzione una nozione sostanziale della giustizia e del processo. In effetti dire processo "giusto" ai sensi dell'art. 111 Cost. e processo "legale" parrebbe esattamente la stessa cosa. Purtroppo, tale formula non è stata usata dalla giurisprudenza casualmente o inconsapevolmente, bensì con l'intenzione dichiarata di trovare una formula riassuntiva che abbracciasse una pluralità di principi costituzionali, si v. M. LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, Relazione al Convegno "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19 – 20 maggio 2017.

¹⁹ Nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia si afferma:

«119. Tuttavia, è vero che l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto (Håkansson e Sturesson c. Svezia, 21 febbraio 1990, § 66, serie A n. 171-A) e che l'articolo 6 non esige necessariamente lo svolgimento di una udienza in tutte le procedure, soprattutto nelle cause che non sollevano questioni di credibilità o non suscitano



Con riferimento all'ordinamento italiano è stato osservato che la nozione di giusto processo, così intesa, era già presente in Costituzione²⁰ anche prima della novella introdotta dalla l. cost. n. 2 del 1999. Il principio del giusto processo, al pari del principio di effettività, configura uno *standard* di tutela giurisdizionale al di sotto del quale l'ordinamento positivo di rango primario non può in alcun caso scendere²¹. Il processo amministrativo, come espressamente previsto all'art. 2 del c.p.a., «attuа i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione»²².

La *ratio* del contraddittorio, da un lato, attende all'esigenza di consentire la presenza di tutte le parti coinvolte per il raggiungimento del fine di una ricerca della verità processuale mediante la partecipazione dialettica; dall'altro, di consentire alle parti di eccepire e replicare alle domande avversarie, nel rispetto della regola *audiatur et alter pars*, che verrebbe ad essere ingiustificatamente incisa dalla previsione di passaggio in decisione senza discussione orale.

La Corte costituzionale nell'affermare «l'importanza degli strumenti difensivi», i quali per il sol fatto di essere «previsti dalla legge processuale, debbono, tutti, poter essere

controversie su fatti che rendono necessario un confronto orale, e nell'ambito delle quali i giudici possono pronunciarsi in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo (si vedano, ad esempio, Döry c. Svezia, n. 28394/95, § 37, 12 novembre 2002; Pursiheimo c. Finlandia (dec.), n. 57795/00, 25 novembre 2003; Jussila, sopra citata, § 41; e Suhadolc c. Slovenia (dec.), n. 57655/08, 17 maggio 2011, dove la Corte ha ritenuto che la mancanza di udienza orale e pubblica non creasse alcuna violazione dell'articolo 6 della Convenzione in una causa per eccesso di velocità e di guida in stato di ebbrezza nella quale gli elementi a carico dell'accusato erano stati ottenuti grazie ad alcuni apparecchi tecnici).

(...)

122. Per quanto riguarda la presente causa, secondo la Corte era necessaria una udienza pubblica, orale e accessibile ai ricorrenti. A tale proposito, la Corte osserva che vi era una controversia sui fatti, soprattutto per ciò che riguardava lo stato di avanzamento delle negoziazioni con la Merrill Lynch International Ltd, e che, al di là della loro gravità da un punto di vista economico, le sanzioni in cui rischiavano di incorrere alcuni dei ricorrenti avevano, come notato prima (paragrafi 74, 97 e 98 supra), un carattere infamante, potendo arrecare pregiudizio all'onorabilità professionale e al credito delle persone interessate.

123. Per quanto sopra esposto, la Corte reputa che il procedimento dinanzi alla CONSOB non soddisfacesse tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, soprattutto per quanto riguarda la parità delle armi tra accusa e difesa e il mancato svolgimento di una udienza pubblica che permettesse un confronto orale».

²⁰ Alcuni precedenti sono, sul punto, illuminanti. Così, a fronte di alcune ordinanze di rimessione che avevano invocato gli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 25, 27, secondo comma, e 101, secondo comma, Cost., la Corte ebbe a ricordare che «I parametri costituzionali che i giudici rimettenti invocano convergono nel configurare quello che, in numerose occasioni, questa Corte ha indicato come il «giusto processo» voluto dalla Costituzione» (20 maggio 1996, n. 155). Con ancor maggiore chiarezza, in un'altra occasione precisò espressamente che quella del giusto processo è la «formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio» (24 marzo 1996, n. 131). Infine, offrendo significative precisazioni anche contenutistiche, affermò che «uguaglianza di trattamento, diritto di difesa, precostituzione del giudice naturale, presunzione di non colpevolezza, terzietà del giudice» sono i principi costituzionali «che delineano il giusto processo» (22 ottobre 1997, n. 311).

²¹ N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, 95 ss.

²² E. FOLLIERI – E. STICCHI DAMIANI – L. PERFETTI – A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, E.S.I., Napoli 2014.



utilizzati dalla parte per far valere le proprie ragioni» ha sottolineato «l'inconsistenza logica e giuridica del tentativo di giustificare» diverse conclusioni «con il preteso, scarso valore – rispetto a quella che si esprime con il ricorso – delle successive attività difensive (“valore meramente complementare”, ad esempio, si attribuisce non di rado alla discussione orale in udienza): tentativo che si risolve nel graduare inammissibilmente l'importanza degli strumenti difensivi» (Corte cost., 18 marzo 2005, n. 109). Se da un lato tale argomentazione ci consente di poter affermare la parità delle armi tra gli strumenti difensivi previsti dalla legge processuale²³, che debbono poter essere tutti utilizzati dalla parte per far valere le proprie ragioni, nel contempo non fornisce un sostegno decisivo all'ipotesi di incostituzionalità²⁴ della eventuale mancata previsione della discussione orale²⁵ nel processo amministrativo per lesione dei principi del giusto processo. Si tratta di un tema di assoluto rilievo, che prima o poi dovrà essere affrontato, in termini di legittimità costituzionale²⁶, ma che può solo adombrarsi nella presente indagine limitata a verificare la compatibilità della normativa emergenziale in atto con nuove forme di organizzazione del processo

²³ S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enciclopedia diritto*, Annali II-1, Milano, 2008, 384, il quale evidenzia come tutti i mezzi processuali concorrono alla realizzazione del giusto processo «nella concreta disciplina processuale amministrativa il contraddittorio, sulla cui fondamentale rilevanza in qualsiasi tipo di processo non è qui il caso di insistere, viene assicurato dal succedersi in sequenza di ricorso, controricorso, memorie scritte, discussione orale».

²⁴ La Corte costituzionale ha evidenziato più volte che «le modalità della tutela giurisdizionale possono essere regolate dal legislatore in modo non rigorosamente uniforme a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela medesima (sentenze n. 82 del 1996; n. 251 del 1989; n. 38 del 1988; n. 49 del 1979), mentre l'esistenza di una differente tipologia di processi legata alla obiettiva diversità delle situazioni e delle peculiari caratteristiche dei singoli procedimenti, non contrasta con l'art. 24 della Costituzione, non essendovi la necessità di uniformità (sentenza n. 82 del 1996: principio affermato in fattispecie riferita alla procura al difensore e al raffronto tra norme del processo civile e quello amministrativo, ma applicabile anche nell'ambito della medesima giurisdizione nel raffronto tra le diverse tipologie e fasi procedurali).

(...)

Del resto nei giudizi avanti alla Corte dei conti, ed in particolare anche nei giudizi di responsabilità, il sistema processuale (in maniera non dissonante con il processo amministrativo) configura la fase della discussione orale in pubblica udienza come non assolutamente necessaria essendo rimessa alla libera scelta della condotta delle parti di partecipare e di discutere dopo avere presentato memorie, istanze e difese, trattandosi di procedimento essenzialmente scritto: la causa può passare in decisione anche senza la presenza dei rappresentanti delle parti e senza lo svolgimento della discussione orale» (Corte cost., 31 maggio 1996, n. 173).

²⁵ R. MARENCO, *Udienza (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia diritto*, XVI, Milano, 1992, l'A. evidenzia che «anche dal principio di oralità e dalla sua effettiva applicazione dipende la valorizzazione della funzione dell'udienza nell'ambito del processo: fermo che alcune attività - come abbiamo visto - debbono necessariamente essere compiute in udienza, non v'è dubbio che quest'ultima diventa il "perno" dello svolgimento del processo, non solo nella fase istruttoria, ma anche nella trattazione, soprattutto se esso sia informato al canone dell'oralità»; sul tema, valorizzazione il principio di oralità, F. CINTOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2015, II, 507 ss.

²⁶ Si v. anche S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, il quale evidenzia come «l'estromissione acritica ed indiscriminata dell'avvocato da ogni forma di confronto verbale con i giudici è frutto di una valutazione governativa ben poco ponderata».



amministrativo che si risolvono nel sacrificare la discussione orale incidendo sugli strumenti difensivi a disposizione delle parti.

3. La discussione orale nel processo amministrativo dell'emergenza: una rinuncia tollerabile?

Il processo amministrativo²⁷ è un processo (ad istanza) di parte o come è stato anche definito «accusatorio»²⁸: pertanto diventa difficile ammettere che la disponibilità e l'accertamento del fatto possano essere riservati al solo soggetto pubblico²⁹. E' un processo caratterizzato da una fase istruttoria³⁰ snella che si realizza, salvo limitate ipotesi, attraverso la libera produzione documentale delle parti e di quella intimata in particolar modo (art. 46, comma 2, c.p.a.); tanto da essere definito a ragione un processo essenzialmente «documentale» senza sminuire, però, la rilevanza dell'apporto del difensore nella discussione orale.

In linea di massima, ove richiesta la misura cautelare, il giudizio si conclude in due sole udienze, una camerale e l'altra pubblica per la decisione finale del ricorso.

Nel processo amministrativo, il termine di costituzione delle parti intimata, stabilito dall'art. 46 c.p.a., non ha carattere perentorio, essendo ammissibile la costituzione

²⁷ F. BENVENUTI, *Processo Amministrativo. A) Ragioni e struttura*, in *Enciclopedia diritto*, VI, Milano, 1987, 454 ss..

²⁸ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 855; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.

²⁹ Il processo ha per oggetto non solo il provvedimento, ma il rapporto giuridico controverso, nel quale rilevano tutte le circostanze di fatto. Il giudizio mira ad accertare la violazione di regole complesse, quali i parametri normativi riguardanti l'eccesso di potere. Nella giurisdizione esclusiva e nel nuovo giudizio in materia di risarcimento del danno, poi, assume rilevanza l'accertamento e la valutazione dei comportamenti posti in essere dalle pubbliche amministrazioni, M. LIPARI, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *www.siaaitalia.it*.

³⁰ L. PERFETTI, *L'istruttoria nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in E. FOLLIERI – E. STICCHI DAMIANI – L. PERFETTI – A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, E.S.I., Napoli 2014, 43-77; L. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enciclopedia diritto*, Annali II-1, Milano, 2008, 917-946; M. LIPARI, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *www.siaaitalia.it*, l'A. evidenzia come la disciplina in materia presenta alcune differenze rispetto al giudizio civile. Esse derivano dalla rilevanza dell'interesse pubblico e dalla correlata posizione di debolezza della parte privata, che non ha la disponibilità immediata degli elementi istruttori formati dall'amministrazione. Il principio costituzionale della parità delle parti e del giusto processo, sancito dal nuovo articolo 111 della Costituzione, esige un pieno equilibrio tra l'eguaglianza formale dei soggetti del giudizio e l'effettività della tutela del diritto di difesa. In mancanza di una puntuale regola generale, riferita al processo amministrativo e all'atto amministrativo nella sua dimensione sostanziale, si profilano due alternative radicali. La prima ipotizza una puntuale applicazione della regola dell'onere della prova, sancita dall'articolo 2697 del codice civile. L'altra opinione, invece, ritiene operante il principio inquisitorio, in forza del quale il giudice ricerca anche di ufficio la "verità" dei fatti. La giurisprudenza amministrativa ha elaborato un principio collocato a metà strada fra le due regole. Si tratta della teoria del "principio dispositivo con metodo acquisitivo", in dottrina attentamente sviluppata da F. BENVENUTI. In capo al ricorrente privato sussiste solo un circoscritto onere del principio di prova: assolto questo onere, l'adempimento riguardante la completa dimostrazione dei fatti controversi è posto a carico della PA (L. MIGLIORINI). La sintesi della regola è ben scolpita dalla seguente massima: "Nel processo amministrativo il ricorrente non è tenuto a fornire la prova completa dei profili in fatto delle proprie doglianze, essendo sufficiente che all'uopo adduca elementi di seria consistenza e potendo e dovendo sopperire, alle eventuali manchevolezze, l'organo giudicante, attraverso l'esercizio dei poteri istruttori di cui all'art. 44 del R.D. n. 1054 del 1924.



della parte sino all'udienza di discussione del ricorso³¹. Tuttavia, nel caso di costituzione tardiva, la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, documenti e repliche ove siano decorsi i termini di cui al precedente art. 73 comma 1, c.p.a., con la conseguenza che, in tale ipotesi, la costituzione è ammessa nei limiti delle difese orali, dovendo il giudice ritenere non utilizzabili ai fini del decidere le memorie ed i documenti depositati tardivamente. Il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza³².

Il tema della discussione orale della causa, che nel processo amministrativo potrebbe declinarsi come il diritto della parte ad essere sentita, in ragione anche dell'assenza dell'interrogatorio formale, si interseca con il principio del contraddittorio che, a ben vedere, costituisce una direttiva indirizzata non soltanto al legislatore ma anche al giudice che gestisce l'udienza di trattazione nella quale le parti possono discutere (seppur) sinteticamente (art. 73, comma 2, c.p.a.).

Sotto tale profilo è stato correttamente affermato che è essenziale che il legislatore «disciplini i termini processuali, le forme di notificazione, comunicazione e deposito degli atti, la fase introduttiva, cautelare, istruttoria, estintiva e decisoria del giudizio di primo e secondo grado ed ogni altro istituto processuale in maniera da permettere a tutte le parti di contribuire effettivamente, con le proprie memorie o deduzioni orali, alla formazione del convincimento del giudice»³³.

³¹ In tal senso si v. adunanza plenaria n. 5 del 25 febbraio 2013 commentata da G. URBANO, *La costituzione orale delle parti intime*, in E. FOLLIERI – A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, WK e Cedam, 2015, 919 ss.

³² T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 20 aprile 2016, n. 245, «nel processo amministrativo, il termine di costituzione delle parti intime, stabilito dall'art. 46 c.p.a., non ha carattere preteritorio, essendo ammissibile la costituzione della parte sino all'udienza di discussione del ricorso. Tuttavia, nel caso di costituzione tardiva, la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, documenti e repliche ove siano decorsi i termini di cui al precedente art. 73 comma 1, c.p.a., con la conseguenza che, in tale ipotesi, la costituzione è ammessa nei limiti delle difese orali, dovendo il giudice ritenere non utilizzabili ai fini del decidere le memorie ed i documenti depositati tardivamente. Il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza. Ciò, a garanzia dei principi costituzionalmente garantiti del diritto alla difesa e del giusto processo (articoli 24 e 111 della Costituzione), recepiti dall'art. 2 c.p.a., che sancisce la necessità del rispetto, nel processo amministrativo, del principio del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, al fine di consentire alla ricorrente di esercitare il proprio diritto di difesa avverso eventuali eccezioni, questioni in rito o di legittimità costituzionale, che la parte intimata costituita tardivamente potrebbe sollevare soltanto nell'udienza di discussione, senza perciò che la ricorrente abbia potuto conoscerle, e potuto quindi controdurre adeguatamente».

³³ F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del Processo Amministrativo*, Dike, 2016, p. 35 ss.; P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, in *LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 3/2020, l'A. evidenzia come alla luce dei suesposti dettami, sembra potersi affermare che la presentazione delle "brevi note" ascritte alla "facoltà" delle parti costituite determini una diversa conseguenza, a seconda che si verta:



Il mosaico normativo introdotto dalla disciplina dell'emergenza in materia di processo amministrativo è molto farraginoso³⁴. La scelta, in un limitatissimo arco temporale di tempo, di prevedere tre regimi differenziati appare un'inutile complicazione. Allo stesso modo l'introduzione di deroghe al sistema processuale vigente, nuovi termini dimezzati a difesa, facoltà di presentare atipiche *brevi note*³⁵ e tutte le ulteriori opzioni non convincono³⁶. Al più poteva comprendersi un regime transitorio d'eccezione unico, con il maggior coinvolgimento possibile degli avvocati difensori e, quindi, delle parti.

Questi aspetti di carattere più generale possono essere ricondotti alla discrezionalità del legislatore di prevedere le soluzioni ritenute più opportune per far fronte all'emergenza, anche se le molte proposte di emendamento³⁷ avanzate in sede di

³⁴ Si rinvia ai contributi da già citati nelle precedenti note e da ultimo a R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 16 aprile 2020; M. A. SANDULLI, *Riflessioni "costruttive" a margine dell'art. 36, co. 3, d.l. n. 23 del 2020. Proposta per una possibile soluzione per contemperare il diritto al "pieno" contraddittorio difensivo con le esigenze organizzative nei giudizi amministrativi*, in *giustizia-amministrativa.it*, 10 aprile 2020.

- del periodo dal 6 al 15 aprile 2020, nel quale tali scritti difensivi possono essere proposti soltanto nell'ipotesi in cui le stesse parti intendano chiedere concordemente che la causa già fissata sia spedita in decisione;

- del periodo intercorrente tra il 15 aprile ed il 30 giugno 2020, nel quale i medesimi atti defensionali possono essere depositati per tutti i giudizi da celebrarsi in tale arco di tempo, i quali dovranno essere definiti a prescindere da qualsivoglia impulso delle parti, salva la facoltà delle medesime di chiedere la rimessione in termini.

³⁶ Secondo l'articolazione dei predetti commi 2 e 5, le predette "brevi note" non sostituiscano (né possano sostituire), in ogni caso, le memorie e le repliche previste dall'art. 73, comma 1, c.p.a., atteso che le parti costituite possono pacificamente decidere di non avvalersene (essendo, appunto, una loro "facoltà") Non è superfluo considerare, in proposito, che, trattandosi di una spettanza, appunto, concessa specificamente alle "parti costituite", l'istanza può essere avanzata, in tesi, anche dal solo ricorrente, laddove gli intimati non abbiano provveduto a tale preliminare incombenza, P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, in *LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 3/2020.

³⁷ Oltre agli emendanti citati nella nota n. 14, ci si riferisce anche al documento dell'Organismo Congressuale Forense intitolato *Proposte emendative di conversione del D.L. 18/2020*, pg. 18 ss. «con il presente gruppo di proposte, s'intende riespandere le facoltà processuali delle parti, almeno per le controversie che passino in decisione d'ufficio ai sensi del comma 5 dell'art. 84, senza dover transitare per la strada della richiesta di rimessione in termini, che comunque resta intatta. Rispetto ad esse, si prevede che la richiesta di decreto monocratico introdotto dall'art 84 avvenga su istanza di parte (come già previsto dall'art. 3, comma 5, del d.l. n. 11 del 2020), che esso sia emanato sulla base dei presupposti previsti dall'art. 55, commi 1 e 9 (oltre che dei termini di cui al comma 5), che l'istanza con cui si comunica la richiesta di rimessione in termini sia notificata alle altre parti prima del deposito delle brevi note, assieme alle "brevi note", l'obbligo di provvedere ai dovuti avvisi circa il passaggio in decisione. Si prevede, altresì, che il periodo di sospensione si applichi anche alla proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato e che le notificazioni alle Pubbliche Amministrazioni, che non abbiano provveduto alle comunicazioni previste dall'art.16 del DL n. 179/2012, siano validamente effettuate agli indirizzi di posta elettronica certificata presenti nei registri IPA e/o nei i siti istituzionali. Si prevede inoltre, sempre al fine di assicurare il pieno dispiegamento del contraddittorio e recuperando in questa prospettiva quanto previsto originariamente dall'art. 3, comma 5, del d.l. n. 11 del 2020, la possibilità di svolgere le udienze di cui ai commi 2 e 5 da remoto, ove possibile. Almeno ove il collegamento sia possibile, infatti, il sacrificio aprioristico della discussione orale non sembra giustificato.

Emendamenti:

- All'art. 84, comma 1, sono apportate le seguenti modificazioni:



conversione del d.l. testimoniavano l'auspicio per una migliore ponderazione degli interessi in gioco.

Ciò non toglie, inoltre, che tali disposizioni debbano scontare non di meno una verifica di compatibilità secondo i canoni della ragionevolezza e proporzionalità.

L'art. 84, comma 5, del d.l. 18/2020 nello stabilire, «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo», che «tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza, pubblica passano in decisione, senza discussione orale», sembrerebbe comprimere l'esercizio dei diritti di difesa.

In primo luogo, incide sulla possibilità delle parti, che si dovessero costituire direttamente in udienza, di svolgere le sole difese possibili, e cioè quelle orali, attesa l'assenza della discussione. In una tale evenienza, seppur residuale, non potendosi ritenere preclusa la possibilità di costituzione direttamente in udienza, il Collegio non potrà che rinviare l'udienza di trattazione ad una data successiva al 30 giugno 2020 onde poter consentire la difesa orale. Questa sembra l'unica soluzione compatibile con i diritti delle parti e con i principi del giusto processo.

a) al quarto periodo, dopo le parole "sono decisi" sono aggiunte le seguenti parole: "su richiesta anche di una sola delle parti da notificarsi alle altre parti";

b) al quinto periodo, dopo la parola "emanato" sono aggiunte le seguenti parole: "sulla base dei presupposti di cui all'art. 55, commi 1 e 9";

c) è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Il periodo di sospensione previsto dal presente comma si applica anche alla proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato di cui al decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971 n. 1199 ed a tutti i termini ad esso correlati."

- All'art. 84, comma 2, secondo periodo le parole "di due giorni liberi prima dell'udienza e, in tal caso, entro lo stesso termine" sono sostituite con le parole "di quattro giorni liberi prima dell'udienza e, in tal caso, entro due giorni liberi prima dell'udienza".

- All'art. 84, comma 5, terzo periodo le parole "su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare le note" sono sostituite con le parole "su istanza depositata entro cinque giorni liberi prima dell'udienza";

- All'art. 84, comma 6, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) Al primo periodo, è premesso il seguente: "Le parti, con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare entro cinque giorni liberi prima della data fissata per la trattazione, possono richiedere lo svolgimento delle udienze pubbliche e camerali che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante collegamenti da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'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. In tal caso è assicurato congruo avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti. Anche il Collegio, nel medesimo termine sopra indicato, può disporre la discussione orale, previa apposita comunicazione alle parti.";

b) l'ultimo periodo è sostituito dal seguente: "I luoghi da cui si collegano i magistrati, il personale addetto e i difensori delle parti è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge».

- All'art. 84, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente comma: «12. Le notificazioni alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 che non abbiano effettuato le comunicazioni previste dall'art. 16, comma 12, del d. l. n. 179/2012, convertito nella legge n. 221/2012, sono validamente effettuate agli indirizzi di posta elettronica certificata indicati presso i Registri IPA e/o presso i siti istituzionali delle amministrazioni stesse».



Inoltre, nel processo amministrativo sono ammissibili le eccezioni, non rilevabili d'ufficio, anche se sollevate in sede di discussione, atteso che il codice non prevede un sistema di preclusioni e decadenze nel giudizio di primo grado analogo a quello vigente nel processo civile, ai sensi dell'art. 167, comma 2 del codice di procedura civile³⁸.

Anche sotto tale profilo l'assenza della discussione preclude alle parti di poter sollevare eccezioni non rilevabili d'ufficio. Certo tali eccezioni potrebbero essere sollevate nelle «brevi note sino a due giorni prima» ma in questo caso verrebbe compromessa la possibilità della controparte di replicare.

Inoltre, l'art. 73, comma 3, c.p.a. stabilisce che il giudice «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, (...) la indica in udienza dandone atto a verbale».

Tale passaggio è importante per capire come il principio del contraddittorio operi anche rispetto i poteri officiosi del giudice.

La discrezionalità giudiziaria, ergo, ha come limite garantistico il contraddittorio tra le parti, e per questo motivo «costituisce violazione del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 73 comma 3, del c.p.a.) avere posto a fondamento di una sentenza una questione rilevata d'ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l'assegnazione di un termine alle parti per controdedurre. Il giudice di appello deve annullare la sentenza e rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 comma 1, del c.p.a. perché il principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), si pone come garanzia di partecipazione effettiva delle parti e del loro diritto d'influire concretamente sullo svolgimento del processo e d'interloquire sull'oggetto nonché di prendere posizione in ordine a qualsiasi questione, di fatto o di diritto, pregiudiziale di rito o di merito, la cui risoluzione sia influente ai fini della decisione»³⁹.

³⁸ T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 gennaio 2019, n. 45, «sono ammissibili le eccezioni, non rilevabili d'ufficio, anche se sollevate in sede di discussione, atteso che il codice del processo amministrativo non prevede un sistema di preclusioni e decadenze nel giudizio di primo grado analogo a quello vigente nel processo civile, ai sensi dell'art. 167, comma 2 del codice di procedura civile (mentre il divieto è applicabile se l'eccezione è sollevata per la prima volta in appello). Infatti, i termini per la costituzione in giudizio delle parti intimare non sono perentori, e quando il legislatore ha inteso sanzionare il mancato rispetto di questi (e di altri termini) con la decadenza lo ha fatto espressamente. Le esigenze connesse al diritto di difesa delle altre parti rispetto ad eccezioni svolte per la prima volta all'udienza di discussione sono in ogni caso salvaguardate attraverso il potere di rinvio della discussione, per cui il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza per consentirne la valutazione a garanzia del contraddittorio sostanziale».

³⁹ In termini Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 15 giugno 2018, n. 354 e Consiglio di Stato sez. V, 1° agosto 2017, n. 3829 che, ritenendo l'informazione riguardo la questione rilevata d'ufficio necessaria e causa di procedibilità, afferma «deve essere annullata con rinvio al giudice di primo grado la sentenza emessa in violazione del principio del contraddittorio essendo necessario che, sin dal primo grado del giudizio, sia osservato tale fondamentale principio processuale, quale esigenza immanente alla garanzia costituzionale del giusto processo, dando possibilità alle parti di interloquire sull'oggetto del giudizio sin dal primo grado».



La mancata celebrazione dell'udienza pubblica⁴⁰ e della discussione orale, anche in camera di consiglio, soprattutto se il collegio dovesse adottare la decisione in forma semplificata (art. 60 c.p.a.), determina un ulteriore potenziale incidente nel processo amministrativo oltre che lesione dei cardini del «giusto processo amministrativo».

Il giudice, infatti, nell'ipotesi di questioni rilevabili d'ufficio non potrà che rinviare d'ufficio l'udienza ad una successiva data dopo lo scadere del termine del 30 giugno 2020 quando tutti ci auguriamo (ma sarà così?) l'emergenza finita.

Anche la possibilità di decidere con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., «omesso ogni avviso», appare incidere sul diritto di difesa. Come è noto l'art. 60 c.p.a. prevede che il collegio «accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiarare che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione».

Alla luce della normativa vigente ed in assenza di discussione orale i difensori delle parti saranno onerate di indicare nelle c.d. «brevi note» le eventuali cause ostative; ma molto spesso queste eventualità scaturiscono proprio dalle difese o dalla produzione documentale delle controparti. Il cortocircuito sarà inevitabile così come i conseguenti rinvii della trattazione.

Infine, il ruolo della discussione orale appare fondamentale in camera di consiglio nei procedimenti ove vengono trattate le misure cautelari. La tutela cautelare è da sempre uno snodo fondamentale del processo amministrativo, sia per le ragioni che caratterizzano tutti i processi (il pericolo che la durata del giudizio pregiudichi la *res controversa*), sia per la peculiarità del processo amministrativo, che avendo ad oggetto provvedimenti dell'amministrazione pubblica esige un potere giurisdizionale capace di inibirne gli effetti nelle more del giudizio. Come correttamente affermato⁴¹ l'avvento

⁴⁰ La Corte costituzionale nella sentenza dell'11 marzo 2011, n. 80, esprimendosi in merito al giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, ha evidenziato che «i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla corte di cassazione (ex plurimis, sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia; Grande Camera, sentenza 18 ottobre 2006, Hermi contro Italia; sentenza 8 febbraio 2005, Miller contro Svezia; sentenza 25 luglio 2000, Tierce e altri contro San Marino; sentenza 27 marzo 1998, K.D.B. contro Paesi Bassi; sentenza 29 ottobre 1991, Helmers contro Svezia; sentenza 26 maggio 1988, Ekbatani contro Svezia). La valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza – uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia – si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative».

⁴¹ Si v. V. DOMENICHELLI, *Il nuovo ruolo dell'udienza cautelare*, in *amministrativostiveneti.it*, «L'insofferenza della dottrina si era manifestata nei confronti di forme cautelari "tipiche" (o della forma cautelare tipica della sospensione), auspicando forme "atipiche" che avrebbero garantito una tutela più piena, ma che si scontravano, ovviamente, con la legalità del potere amministrativo, la tipicità e nominatività dei provvedimenti».



del codice del processo amministrativo ha determinato un incremento delle pronunzie cautelari ammissibili, in uno sviluppo coerente dell'ordinamento, «il giudice amministrativo deve dunque emettere le misure cautelari che gli appaiono, secondo le circostanze, «più idonee» ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso. Misure "innominate", secondo gli auspici della dottrina e le tendenze ormai consolidate in giurisprudenza, l'anticipata diviene così imprevedibilità della misura cautelare di fronte alla variabilità delle fattispecie portate in giudizio».

In quest'ottica se «la tutela cautelare esige, e ha concretamente ottenuto, forme, contenuti, tempi non prefissati tipicamente, così da potersi adeguare concretamente alle diverse esigenze fatte valere in giudizio»⁴², appare evidente come la discussione orale diventa baricentrica per la ricerca del punto di equilibrio a beneficio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Ne consegue che l'esigenza di decidere *tout court* tutte le controversie fissate per la trattazione, senza discussione, appare non essere stata ben calibrata, sia alla luce della poco chiara esigenza di decidere indiscriminatamente tutte le controversie fissate dal 15 aprile al 30 giugno sia in ragione della possibilità di poter garantire la discussione tramite opportuni mezzi telematici⁴³.

Il rischio concreto è quello di aver introdotto un regime processuale ambiguo con grave compromissione del diritto di difesa, del contraddittorio e del principio di effettività della tutela giudiziaria.

Il tutto al fine di non far fermare la macchina del processo amministrativo in questo momento cruciale per il Paese. Orbene il fine è condivisibile, ma ritenere di poter

Di qui – anche sulla scorta del nuovo Codice – una risposta giurisprudenziale senz'altro favorevole all'espansione delle forme cautelari, per cui la "sospensiva" ha finito per essere un "contenitore" e non un "tipo" di provvedimento: alle ordinanze classiche inibitorie e a quelle rese sugli atti negativi si sono affiancate ordinanze parziali; ordinanze a tempo; ordinanze interpretative; ordinanze sollecitatorie o propulsive di riesame; prescrittive di certi comportamenti, etc.

E dunque il provvedimento (o meglio la forma di espressione del potere amministrativo) non condiziona più la forma della tutela cautelare (il cui contenuto diventa "elastico")».

⁴² V. DOMENICHELLI, *Il nuovo ruolo dell'udienza cautelare*, in *amministrativistiveneti.it*.

⁴³ Possibilità che, come evidenza, F. PATRONI GRIFFI, *Direttiva Presidente del Consiglio di Stato*, 19 marzo 2020, al punto 4.3 «è possibile dall'8 marzo al 15 aprile, per i procedimenti "promossi o pendenti":

4.3. Precisato che la disposizione normativa non incide sulla possibilità per la parte di chiedere la pronuncia monocratica, ove ricorrono le ipotesi di "estrema gravità ed urgenza", secondo le modalità previste in via ordinaria dall'art. 56, comma 1, c.p.a., si osserva, in relazione alle domande cautelari tramutate ex lege in monocratico, quanto segue.

Si applica il rito previsto dall'art. 56 c.p.a. (comma 1) e dunque:

- 1) occorre la presentazione dell'istanza di fissazione d'udienza;
- 2) occorre rispettare la competenza del Tar adito;
- 3) si segue la disciplina delle notificazioni ex comma 2 dell'art. 56 c.p.a.;
- 4) è possibile una previa audizione delle parti senza formalità, per iscritto o con collegamento da remoto;
- 5) è possibile la subordinazione a cauzione;
- 6) si deve fissare la camera di consiglio collegiale».



ottenere tale risultato sganciando le parti e gli avvocati dal processo potrebbe essere oltre che ingiusto anche inutile.

4. Brevi conclusioni: "l'anello che non tiene"

Alla luce della riflessione svolta la previsione di sacrificare la discussione orale nelle cause amministrative sull'altare dell'emergenza appare non necessaria⁴⁴. E' indubbio che soppressione della "discussione orale" incida sul diritto di difesa e sull'esercizio pieno del mandato difensivo da parte dell'avvocato e, quindi, deve essere giustificabile secondo un canone di proporzionalità. Astrattamente tale sacrificio potrebbe essere ritenuto compatibile con i principi costituzionali ma andrebbe operato un bilanciamento secondo il canone della ragionevolezza come insegna la Corte costituzionale.

Nell'emergenza, che per definizione introduce un regime derogatorio della disciplina ordinaria, il sacrificio deve essere il minimo possibile soprattutto in termini di diritti costituzionali e legali, tra i quali vi è sicuramente anche quello della discussione orale della causa.

Le ragioni a giustificazione delle misure d'emergenza adottate sarebbero l'esigenza prioritaria di non fermare il sistema di giustizia amministrativa⁴⁵ e la difficoltà di consentire la discussione con strumenti telematici⁴⁶.

⁴⁴ Si v. *contra* R. DE NICOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 16 aprile 2020, secondo la quale «il sistema non è perfetto perché è stata sacrificata la discussione orale dei difensori, un momento dialettico sicuramente importante anche in un processo scritto, irrinunciabile – in tempi ordinari - non solo per le parti, ma per gli stessi giudici.

Si tratta tuttavia di un sacrificio:

(i) contenuto nel tempo (fino al 30 giugno 2020),

(ii) giustificato dall'emergenza nazionale e dalla difficoltà sia di tenere udienze in presenza, che udienze da remoto in un momento in cui pressoché l'intera pubblica amministrazione e buona parte del mondo produttivo privato adotta la modalità di smart working operando attraverso le reti di telecomunicazione, con sovraccarico e rischio di blackout informatico, di virus virtuali che si potrebbero sommare nefastamente al virus reale;

(iii) tollerabile perché la mancanza di dibattito orale è compensata oltre che dal consueto scambio di memorie e repliche, dalla possibilità di note scritte;

(iv) proporzionato e non extravagante ove si consideri che nel processo amministrativo la presenza dei difensori in udienza non è conditio sine qua non per il passaggio della causa in decisione: da un lato, anche in tempi ordinari per una elevata percentuale di cause i difensori chiedono il passaggio della causa in decisione sugli scritti senza discussione orale, dall'altro, nel "rito camerale" è la regola che i difensori sono sentiti solo se compaiono; infine, anche nelle udienze pubbliche le cause passano in decisione anche se i difensori non compaiono».

⁴⁵ Come giustamente sottolineato dal Presidente del Consiglio di Stato F. PATRONI GRIFFI nell'intervista «*Diritti messi in salvo: così teniamo il processo amministrativo in vita*», in *Il Dubbio*, 16 aprile 2020.

⁴⁶ S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, il quale evidenzia che «secondo le prime ipotesi circolate, sembra aver avuto un certo peso l'esigenza di lasciare agli organi giurisdizionali amministrativi (in particolare ai T.A.R. distribuiti sul territorio) il tempo di dotarsi della strumentazione tecnica necessaria per gestire efficientemente i collegamenti da remoto».



Astrattamente il primo aspetto potrebbe valere per le misure cautelari⁴⁷ ma non certo per le cause da definire nel merito che avrebbero potuto subire anche un breve slittamento salvo diverso avviso delle parti costituite.

Una soluzione «mite» poteva essere proprio quella individuata al comma 2 dell'art. 84, che passa da un coinvolgimento delle parti che con un'istanza congiunta, rinunciando ai termini a difesa, chiedono di introitare la causa per la decisione senza discussione. Tale soluzione, pur non facendo venir meno alcune delle altre perplessità evidenziate, quantomeno avrebbe avuto il merito di riespandere le facoltà processuali delle parti che appaiono irragionevolmente ed indistintamente comprese nel regime sino al 30 giugno 2020.

Inoltre, la valorizzazione dell'udienza telematica⁴⁸ su richiesta, già prevista in un primo momento, ed il sapiente utilizzo delle possibilità di «audizioni informali», di cui all'art. 56, comma 2, c.p.a., avrebbero generato sicuramente un assetto più soddisfacente.

Il secondo aspetto potrebbe apparire più decisivo.

L'art. 3, comma 5, del d.l. n. 11 del 2020, prevedeva espressamente la possibilità di svolgere le udienze di cui ai commi 2 e 5 da remoto, ove possibile.

Il sacrificio della «discussione orale» nella normativa vigente andrebbe a conclamare, pertanto, l'impossibilità per un plesso dello Stato – quello di giustizia amministrativa – di organizzare una trattazione a distanza⁴⁹. Anche se la circostanza appare strana, atteso che l'art. 84, comma 6, prevede che «il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamento da remoto».

Ed allora il dubbio sorge spontaneo.

⁴⁷ M. A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *federalismi.it*, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19, n. 1/2020.

⁴⁸ Si v. anche S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, secondo il quale «potrebbe teoricamente ritenersi, pertanto, che l'opzione in favore dell'udienza telematica, pur non considerata in termini espliciti, rimanga comunque accessibile».

⁴⁹ Con riferimento al passaggio in decisione della causa senza discussione orale sulla base degli atti depositati il Presidente del Consiglio di Stato premettendo che «il processo amministrativo è storicamente un processo prevalentemente scritto, basato su prove scritte e precostituite, come dimostra anche la ridotta percentuale delle cause in cui viene chiesta dalle parti la discussione orale. Il sacrificio della oralità costituisce nondimeno un vulnus che, sebbene giustificato per il periodo di emergenza, dev'essere al più presto recuperato –pur sempre limitatamente al periodo emergenziale al venir meno del quale si deve tornare a quella forma di contraddittorio che postula la oralità tra presenti in aula - anche grazie alla previsione e al perfezionamento di forme di collegamento da remoto e al loro adeguamento agli standard di sicurezza, riservatezza e stabilità», evidenzia l'utilità «di una disposizione di fonte primaria che, oltre a consentire tale modalità, attribuisca la competenza a disciplinare sul piano tecnico la disciplina del PAT a una fonte flessibile e di immediata operatività, anzi che, come accade oggi, a un regolamento statale (DPCM n.40 del 2016)», si rinvia al punto 1) delle note prot. N. 7400 del 20 aprile 2020 di F. PATRONI GRIFFI.



La soppressione della «discussione orale» è una scelta conseguente allo stato di necessità (impossibilità di garantire una discussione da remoto) o anticipa la sperimentazione di una nuova disciplina del processo amministrativo?

Qualora la rinuncia alla discussione orale fosse la conseguenza di un'impossibilità di organizzare un collegamento da remoto il sacrificio dovrebbe essere *l'extrema ratio* e certo non può giustificarsi con «esigenze» organizzative che non siano indefettibili. Che non siano indefettibili lo dimostra il fatto che altri plessi⁵⁰ si stiano organizzando con i mezzi tecnologici. Tutti i settori della pubblica amministrazione, in questa triste vicenda, sono stati coinvolti in quella che è stata definita complessivamente «una rivoluzione possibile»⁵¹.

Il processo amministrativo telematico ha dato buona prova di sé in questi anni quindi era ragionevole attendersi l'utilizzo dell'udienza telematica come una soluzione naturale per affrontare l'emergenza garantendo la pienezza dei diritti difensivi delle parti⁵².

Un'analisi attenta, pertanto, dovrebbe far ritenere la soluzione adottata dal legislatore, seppur nel momento d'emergenza, come la meno idonea al perseguimento dell'interesse pubblico primario e altrettanto lo strumento meno «mite» fra quelli a sua disposizione, nell'ottica del criterio della necessità.

⁵⁰ In tal senso si v. art. 83, comma 7, lett. f) che, al dichiarato fine di contrastare l'emergenza Covid-19, prevede la possibilità per i capi degli uffici giudiziari la possibilità di adottare le seguenti misure: «la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale ed il comma 12 ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

⁵¹ Vorrei fissare l'attenzione, in particolare, sull'articolo 87 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18. In esso si dà la condizione di un inedito processo di dislocazione del lavoro dalla presenza alla distanza. Si dice *smart working*, o lavoro agile. Sino a considerare questa nuova forma di lavoro la "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa". Le circostanze si stanno incaricando di dimostrare come il rispetto del lavoro non sia in contraddizione con l'innovazione nell'organizzazione del lavoro.

⁵² Si v. S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, il quale evidenzia come «la scelta normativa ha poco senso considerando che i collegamenti da remoto tra i magistrati devono comunque essere assicurati senza ritardi. D'altra parte il plesso della giurisdizione amministrativa dispone di un proprio SIGA (sistema informativo della giustizia amministrativa) che ha dato ottima prova di sé nel costruire, con gradualità ma con risultati oggi più che apprezzabili, un processo amministrativo telematico ormai operante a piano regime sin dal 1 gennaio 2017».



D'altronde il diritto dell'emergenza non serve alla sperimentazione di nuove forme organizzative, ma a rispondere, nei limiti del necessario, alla condizione eccezionale.

Il punto di equilibrio, pur nella situazione emergenziale, è sempre quello di trovare la soluzione più efficiente con il minor sacrificio possibile rispetto alla disciplina ordinaria.

La regola introdotta in materia di giustizia amministrativa di radicale elisione della discussione orale, pur nel regime emergenziale, appare a questo punto «l'anello che non tiene»⁵³, «la maglia rotta nella rete», irragionevole e sproporzionata, perché in realtà la difesa orale è un valore per l'attuazione del pieno contraddittorio nel processo amministrativo⁵⁴ (forse indispensabile) certamente assai utile per assicurare un'adeguata e completa tutela.

⁵³ E. MONTALE, in *I Limoni*, raccolta *Ossi di seppia*, 1925.

⁵⁴ S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, secondo l'A. «l'apporto del difensore nel contraddittorio orale di udienza non è irrilevante, e la prassi lo dimostra: non di rado sono gli stessi componenti del collegio giudicante, per il tramite del presidente e talora dello stesso relatore, a sollecitare i difensori a discutere la causa nonostante i medesimi, nel corso delle c.d. istanze preliminari di udienza, abbiano concordemente richiesto di poter introitare la decisione sugli scritti».