**Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?**

**SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La sequela degli interventi legislativi.** **3. L’art. 4 del d.l. n. 28/2020. 4. La nuova disciplina del processo amministrativo da remoto: a) Operatività della discussione orale. b) Natura dei termini. c) Altre condizioni. d) Esito dell’istanza. e) La discussione. f) Il decreto del presidente del Consiglio di Stato. 5. Il sistema duale. 6. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione? 7. Conclusioni.**

**1. Introduzione.**

A livello nazionale l’emergenza epidemiologica da COVID-19 è da poco entrata nella fase 2[[1]](#footnote-1). Nel processo amministrativo, con riguardo alla speciale disciplina introdotta in deroga al codice del processo amministrativo (c.p.a.), si è già nella fase 3 ed è stata quasi del tutto regolata la fase 4.

La fase 3 è incominciata il 16 aprile 2020 per effetto dell’art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della l. 24 aprile 2020, n. 27, mentre la fase 4 incomincerà il 30 maggio 2020 in virtù dell’art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28*[[2]](#footnote-2)*.

La fase 3 è stata prevista dal citato art. 84 per il periodo dal 16 aprile al 30 giugno 2020, con le seguenti caratteristiche: ripresa a pieno regime dell’attività giudiziaria per i ricorsi fissati in udienza pubblica e in camera di consiglio, con udienze sia di merito che cautelari, ma sulla base degli atti e senza possibilità di discussione orale. E’ il così detto “processo cartolare coatto”, ossia imposto dalla legge senza possibilità di discussione orale[[3]](#footnote-3).

L’ultimo intervento legislativo disposto con l’art. 4 del d.l. n. 28/2020 ha consentito la discussione orale nel processo da remoto e ne ha stabilite le regole; fissandole in parte e per il resto demandandole a un decreto del presidente del Consiglio di Stato.

**2. La sequela degli interventi legislativi.**

L’emergenza epidemiologica da COVID-19 ha comportato, per il processo amministrativo, come anche per la vita di tutti i giorni, una serie di numerosi e concitati interventi legislativi. Di seguito l’elenco in ordine cronologico.

1) Art. 10, comma 17, del d.l. 2 marzo 2020, n. 9.

Solo con riguardo ai comuni di cui all’allegato 1 al D.P.C.M. 1° marzo 2020: sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto processuale, rinvio delle udienze e remissione in termini.

2) Art. 3 del d.l. 8 marzo 2020, n. 11.

Rinvio delle udienze, decisione delle domande cautelari con il rito di cui all’art. 56 c.p.a., previsione di udienze (pubbliche e in camera di consiglio) da remoto con possibile discussione su richiesta degli avvocati.

3) Art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che abroga anche l’art. 3 del d.l. n. 11/2020.

Si riprende in parte il contenuto di quanto previsto dall’art. 3 del d.l. n. 11/2020, ma non si consente più la discussione da remoto prevedendosi che, dal 16 aprile al 30 giugno 2020, “*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*” (commi 5 e 6).

4) Art. 36 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

Si dispone un’ulteriore proroga, dal 16 aprile al 3 maggio 2020, della sospensione dei termini, ma limitata ai “*termini per la notificazione dei ricorsi*”.

5) Art. 1 della l. 24 aprile 2020, n. 27.

Si converte, con modificazioni, il d.l. n. 18/2020, che con riguardo al citato art. 84 rimane sostanzialmente invariato, e si abrogano i d.l. nn. 9 e 11 del 2020 a decorrere dal 30 aprile 2020, prevedendo però che “*restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge*”.

6) Art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28.

Si dettano “*disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia amministrativa*”.

Si tratta di sei interventi legislativi in poco meno di due mesi (dal 2 marzo al 30 aprile 2020), di cui l’ultimo (l’art. 4 del d.l. n. 28/2010), pubblicato in Gazzetta Ufficiale il giorno dopo la pubblicazione della legge di conversione del d.l. n. 18/2020, interviene sull’art. 84 di quest’ultimo decreto legge. Con norme che si sovrappongono e con evidenti passi in avanti e indietro. Ad esempio, l’art. 84 del d.l. n. 18/2020 rappresenta un passo indietro rispetto all’art. 3 del d.l. n. 11/2020 con riguardo alla “costruzione” del processo amministrativo da remoto, mentre l’art. 4 del d.l. n. 28/2020 costituisce un passo in avanti, ma nello stesso tempo è un ritorno all’idea alla base del citato art. 3, abrogato dal medesimo art. 84.

**3. L’art. 4 del d.l. n. 28/2020.**

L’art. 4 del d.l. n. 28/2020 rappresenta l’ultimo intervento in tema di processo amministrativo dell’emergenza, con riguardo all’udienza da remoto (o telematica), la quale, anche in caso di udienza pubblica, si svolge a porte chiuse senza la presenza del pubblico.

Si superano le criticità della normativa emergenziale conseguenti alla mancata previsione della discussione orale nel processo da remoto (art. 84, commi 5 e 6, del d.l. n. 18/2020), evidenziate anche dal Consiglio di Stato con le ordinanze della sez. VI 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539[[4]](#footnote-4).

Nell’emergenza e sull’altare dell’efficienza e del “no-stop” della giustizia amministrativa, erano stati sacrificati gli interessi degli avvocati con riguardo alla discussione orale. Ma le proteste della categoria e l’interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata della normativa da parte dei giudici amministrativi ha indotto a un ripensamento, con il ritorno parziale allo scenario inizialmente ipotizzato dall’art. 3, commi 4 e 5, del d.l. n. 11/2020 e ben presto abbandonato a distanza di soli nove giorni per effetto dell’art. 84 del d.l. n. 18/2020.[[5]](#footnote-5)

La fase 3 inizialmente prevista per il periodo dal 16 aprile al 30 giugno 2020 si conclude invece il 29 maggio, visto che il giorno successivo si apre la fase 4 sino al 31 luglio 2020; quindi, no discussione orale fino al 29 maggio, si discussione orale dal 30 maggio al 31 luglio 2020.

Di seguito le novità apportate dall’art. 4 del d.l. n. 28/2020, che, come ormai di consueto, non è esente da lati oscuri e zone d’ombra con conseguenti punti di domanda.

**4. La nuova disciplina del processo amministrativo da remoto.**

Al momento la disciplina del processo amministrativo da remoto nella fase dell’emergenza si rinviene nel combinato disposto degli artt. 84, commi 5 e 6, del d.l. n. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020, e 4 del d.l. n. 28/2020[[6]](#footnote-6), in apparente contraddizione tra di loro ma che devono essere coordinati dall’interprete. La disciplina dell’art. 4 si aggiunge a quella dell’art. 84 e se incompatibile si sovrappone alla stessa siccome successiva[[7]](#footnote-7).

Si tratta comunque di disciplina non del tutto compiuta poiché ha bisogno di essere completata con il decreto del presidente del Consiglio di Stato, che deve stabilire “*i tempi massimi di discussione e replica*” oltre che “*le regole tecnico-operative per la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico*” (il così detto PAT: art. 4, commi 1, ultimo periodo, e 2, del d.l. n. 28/2020).

Tutto quanto previsto dal citato art. 84 fino al 30 giugno 2020 viene prorogato al 31 luglio 2020 (art. 4, comma 1, primo periodo, del d.l. n. 28/2020); termine ultimo che dovrebbe (il condizionale è d’obbligo) comportare la cessazione del periodo emergenziale[[8]](#footnote-8).

**a) Operatività della discussione orale.**

“*A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020*”, per potere discutere oralmente occorre il deposito (telematico) di un’istanza da presentare entro dati termini; ossia “*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*” (art. 4, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 28/2020).

Ma che significa “*a decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020*”?

Due le possibili soluzioni e un primo arcano.

a) Per le udienze fissate in quel periodo. Ma il 30 maggio 2020 è sabato e il 31 maggio è domenica, così che non ci dovrebbero essere udienze in quei giorni. Potrebbero esservi il 1° giugno che è lunedì. Ma in genere i Tribunali amministrativi regionali (T.A.R.) e il Consiglio di Stato non hanno udienze di lunedì. Il 2 giugno è festivo. Così che il primo giorno utile di udienza potrebbe essere il mercoledì 3 giugno. Se questa fosse l’interpretazione, nel rispetto dei termini previsti, l’istanza di discussione orale per l’udienza di merito dovrebbe essere depositata entro il 13 maggio 2020 (20 giorni liberi prima del 3 giugno per il deposito delle memorie di replica, ex art. 73, comma 1, del c.p.a.) o entro il 23 maggio per i riti camerali e per quelli abbreviati (10 giorni liberi prima del 3 giugno per il deposito delle memorie di replica, ex artt. 73, comma 1, 87, commi 2 e 3, e 119, comma 2, del c.p.a.). Per l’udienza cautelare in camera di consiglio, invece, entro il 28 maggio 2020 (5 giorni liberi prima del 3 giugno).

b) Con riguardo al periodo iniziale e finale, a partire dal quale ed entro il quale può essere presentata l’istanza di discussione orale. In questo modo, nel rispetto dei termini previsti, la prima udienza di merito utile per potere discutere oralmente da remoto sarebbe quella del 20 giugno 2020 (20 giorni liberi dal 30 maggio) o del 10 giugno per i riti camerali e per quelli abbreviati (10 giorni liberi dal 30 maggio). Mentre la prima udienza cautelare in camera di consiglio utile ai medesimi fini sarebbe quella del 5 giugno (5 giorni liberi dal 30 maggio). Per gli affari cautelari, non essendoci ad agosto udienze di merito, potendosi presentare l’istanza fino al 31 luglio 2020 si potrebbe discutere da remoto nelle udienze in camera di consiglio fissate fino al 6 agosto 2020. Sempre che ad agosto prossimo non venga ripristinato il sistema normale di discussione in presenza.

Tra le due soluzioni si propende per la prima, più rispettosa dei principi di effettività e del giusto processo cui si è inteso dare attuazione con l’art. 4 del d.l. n. 28/2020 e anche di un periodo maggiore di applicazione rispetto alla seconda soluzione. Ma se così è, la nuova normativa produce già effetti dal 13 maggio 2020 con riguardo alle udienze di merito del 3 giugno successivo.

La discussione orale, comunque, può essere sempre disposta d’ufficio dal presidente del collegio per le udienze fissate nel medesimo periodo.

**b) Natura dei termini.**

I termini entro cui presentare l’istanza di discussione orale sono perentori o ordinatori?

Si dovrebbe trattare di termini perentori come lo sono quelli di cui all’art. 73, comma 1, del c.p.a., quindi posti a pena di ammissibilità dell’istanza che, se presentata fuori termine, non va considerata. Ma nulla impedisce al presidente del collegio di valutare egualmente un’istanza presentata fuori termine e di disporre comunque la discussione della causa, ad esempio allorquando ritenga, sulla base di quanto indicato in domanda, necessaria o opportuna la discussione.

**c) Altre condizioni.**

Lo spirito della nuova norma è quello di consentire pur sempre la discussione orale anche se in un sistema emergenziale. Per cui la situazione non è comparabile a quello che avviene normalmente nel processo in presenza. È auspicabile che le istanze di discussione siano limitate a quei casi in cui ci sia effettivo bisogno della stessa. Si ricorda, poi, che, ai sensi degli artt. 73, comma 2, e 55, comma 7, del c.p.a., la discussione avviene in modo sintetico.

La difficoltà è invece un’altra.

È necessario che i difensori valutino *funditus* la necessità della discussione orale, anche in applicazione del principio di leale collaborazione tra le parti e i giudici che è insito in ogni tipo di processo, a maggior ragione in un periodo emergenziale caratterizzato da temporanea normativa in deroga al c.p.a. Ora, se una tale valutazione è certamente possibile nelle udienze di merito, dato che andrà effettuata con il deposito della memoria di replica o nel termine previsto per il deposito stesso, e quindi dopo che le memorie hanno già fornito un quadro abbastanza delineato delle tesi contrapposte, non si può dire lo stesso nel processo cautelare. Nel quale “*le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio*” (art. 55, comma 5, del c.p.a.), che si riducono a un giorno libero in caso di rito abbreviato ex art. 119 del c.p.a. Con la conseguenza che, pretendere la presentazione dell’istanza di discussione orale comunque entro cinque giorni liberi prima dell’udienza in camera di consiglio, significa presentare un’istanza al buio. Oltre che incentivare la presentazione di istanze di discussione da parte del difensore, che intanto la presenta pensando poi che successivamente, sulla base dei contenuti delle memorie e dei documenti di controparte, è sempre in tempo a rinunciarvi. Con i conseguenti aggravi sull’organizzazione e la gestione dell’udienza da remoto.

Perché si possa effettivamente svolgere la discussione mediante collegamento da remoto, occorre anche che lo stesso avvenga “*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*” (art. 4, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 28/2020). Il tutto dovrà essere disciplinato con l’emanazione delle “*regole tecnico-operative*” demandate al decreto del presidente del Consiglio di Stato dall’art. 4, comma 2, del d.l. n. 28/2020.

La legge non richiede la notifica né la comunicazione dell’istanza di discussione che, quindi, dovrà essere solo depositata telematicamente da remoto[[9]](#footnote-9). L’eventuale comunicazione della segreteria alle altre parti costituite al fine della proposizione delle opposizioni costituisce, quindi, ulteriore incombente non previsto dalla legge.

**d) Esito dell’istanza.**

Sull’istanza di discussione decide il presidente del collegio. Trattandosi di decisione monocratica del giudice si richiederebbe l’adozione di un decreto, ex art. 33, comma 1, lett. c), del c.p.a. Ma il decreto del presidente viene richiesto dalla norma solo nell’ipotesi in cui si dispone d’ufficio la discussione in assenza di istanza di parte (art. 4, comma 1, quinto periodo, del d.l. n. 28/2020); decreto che potrà essere adottato singolarmente per ogni ricorso o anche cumulativamente per più ricorsi.

L’esito dell’istanza di discussione viene disciplinato, dall’art. 4, comma 1, terzo, quarto e quinto periodo, del d.l. n. 28/2020, nelle seguenti modalità.

L’istanza deve essere accolta “*se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite*”. È evidente che ciò non significa che l’istanza debba essere presentata contestualmente e insieme da tutti con un unico atto, essendo sufficiente la manifestazione di volontà da parte di ognuno.

Deve invece essere valutata dal presidente in due ipotesi:

a) in caso di opposizioni espresse da altre parti sempre da remoto. La legge non prevede un termine per la presentazione delle opposizioni, che naturalmente non potranno che essere successive alla presentazione dell’istanza di discussione e precedenti alla comunicazione da parte della segreteria dell’avviso dell’ora e delle modalità del collegamento;

b) in caso di silenzio delle altre parti.

Perché il presidente possa valutare l’istanza sarebbe raccomandata, anche se non richiesta dalla legge, una motivazione a base sia dell’istanza che dell’opposizione.

In mancanza dell’istanza:

a) la discussione orale non è disposta;

b) si dà luogo alla discussione se il presidente la ritiene necessaria, o anche opportuna. Il che potrebbe accadere, ad esempio, quando si ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, ai sensi dell’art. 73, comma 3, del c.p.a., o in camera di consiglio nell’ambito della decisione sulla domanda cautelare, qualora si intenda decidere con sentenza in forma semplificata ai sensi dell’art. 60 del c.p.a. L’art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020 non lo richiede ma la giurisprudenza si è orientata in senso diverso[[10]](#footnote-10).

“*In tutti i casi in cui sia disposta la discussione da remoto, la segreteria comunica, almeno un giorno prima della trattazione, l'avviso dell'ora e delle modalità di collegamento*” (art. 4, comma 1, sesto periodo, del d.l. n. 28/2020); quindi la legge non prescrive la comunicazione alle parti del decreto del presidente, che non è sempre necessario. Il decreto è invece opportuno qualora si rigetti la domanda di discussione o la si accolga malgrado la presentazione di opposizioni. Quanto al termine entro il quale va comunicato l’avviso, fissato in “*almeno un giorno prima della trattazione*”, non è chiaro se si tratta del giorno prima l’udienza o dello spazio temporale di almeno un giorno a decorrere dall’ora del giorno di udienza. Secondo ragionevolezza si dovrebbe propendere per il giorno prima dell’udienza chiaramente in orari di segreteria o comunque in orario che consenta ai difensori di organizzarsi in tempo per il giorno dopo.

Il sistema chiaramente diverge da quello che accade normalmente nelle udienze in presenza, laddove anche la richiesta di una sola parte comporta la conseguente discussione[[11]](#footnote-11). Richiesta che è più frequente nelle udienze cautelari in camera di consiglio rispetto alle udienze di merito; dovendosi sempre ricordare che, nelle prime, ai sensi dell’art. 55, comma 7, del c.p.a., “*i difensori sono sentiti ove ne facciano richiesta*”.

La limitazione appare giustificata e non sproporzionata in considerazione della situazione emergenziale, dato che l’udienza da remoto non è comparabile a quella in presenza e che le esigenze connesse al diritto di difesa vanno ponderate con quelle conseguenti alla funzionalità del processo amministrativo.

La decisione sull’ammissione della discussione orale viene demandata alla valutazione del presidente del collegio ed è evidente a questo punto che sarà oltremodo difficile pretendere uniformità di trattamento. La tendenza potrà essere verosimilmente quella di ammettere, a tutela del diritto di difesa e per evitare impugnazioni delle decisioni emesse dai giudici di primo grado per profili di lesione del contraddittorio, la discussione in ogni caso in cui sia presentata l’istanza, anche in presenza di opposizioni, a meno che non si ritenga che gli atti e gli scritti siano di per sé del tutto esaustivi ai fini della decisione finale.

In alternativa alla discussione, quindi sia se non è stata chiesta sia se chiesta non è stata concessa dal presidente o viene rinunciata, la legge attribuisce due facoltà, a loro volta alternative, da esercitare fino alle ore 9, e non oltre, del giorno dell’udienza (art. 4, comma 1, nono periodo, del d.l. n. 28/2020):

a) depositare note di udienza;

b) depositare richiesta di passaggio in decisione.

In entrambe tali ipotesi il difensore va “*considerato presente a ogni effetto in udienza*”.

A questo punto non è chiaro se tali note di udienza si aggiungano o meno alle “*brevi note*” che “*le parti hanno facoltà di presentare…sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione*”, ai sensi dell’art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, previste nel “processo cartolare coatto” senza la discussione orale. In mancanza di disposizione contraria, l’ulteriore possibilità di depositare le “*brevi note*” di cui al citato art. 84 non può essere vietata, anche se la *ratio* sottostante l’art. 4 del d.l. n. 28/2020 dovrebbe portare a una conclusione negativa.

È evidente che la prevista possibilità di depositare note di udienza fino alle ore 9 del giorno dell’udienza stessa, anche se modalità alternativa alla discussione, aggrava oltremodo l’organizzazione e la gestione dell’udienza da remoto.

**e) La discussione.**

La discussione è disciplinata dall’art. 4, comma 1, settimo e ottavo periodo, del d.l. n. 28/2020.

Della discussione va redatto verbale e si deve dare atto “*delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali*”. Il che comporta che si dovrebbe attestare l’applicazione del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196[[12]](#footnote-12) e dare atto che i detti soggetti devono esprimere il consenso al trattamento dei dati personali ai sensi degli artt. 6, para. 1, lett. a), e 7 del regolamento (UE) 27 aprile 2016, n. 679.

“*Il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge*”. Identica disposizione viene ripetuta anche nei processi da remoto innanzi agli altri giudici.

**f) Il decreto del presidente del Consiglio di Stato.**

Si prevede l’adozione di un decreto da parte del presidente del Consiglio di Stato per stabilire “*i tempi massimi di discussione e replica*”, nonché “*le regole tecnico-operative per la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico*” (art. 4, commi 1, ultimo periodo, e 2, del d.l. n. 28/2020; il comma 2 ha sostituito l’art. 13, comma 1, dell’allegato 2 al c.p.a.).

Esigenze di semplificazione della legislazione dell’emergenza hanno sacrificato il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa il cui parere, previsto dall’art. 13, comma 1, dell’allegato 2 al c.p.a. ai fini dell’adozione del D.P.C.M., ora sostituito dal decreto del presidente del Consiglio di Stato, non è più richiesto. Nulla osta comunque che quest’ultimo senta in via facoltativa l’organo di autogoverno.

Devono essere “*sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge*”, che però non vengono specificati, i quali “*si esprimono nel termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto*”[[13]](#footnote-13).

L’applicazione di tale decreto è prevista dalla data nello stesso indicata, comunque non anteriore al quinto giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale; a decorrere dal quale si dispone l’abrogazione del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 che, ai sensi dell’art. 13 delle norme di attuazione di cui all’allegato 2 al c.p.a., costituisce il regolamento recante le regole tecnico operative per l’attuazione del processo amministrativo telematico (art. 4, comma 3, del d.l. n. 28/2020).

I tempi prescritti dalla legge per la procedura di adozione del decreto del presidente del Consiglio di Stato e per la sua applicazione non sono in linea con i tempi stabiliti per l’operatività della discussione orale nel processo da remoto.

Che succede nel caso in cui il decreto del presidente del Consiglio di Stato non entra in vigore in tempo per l’operatività della discussione orale? Ovvero l’applicazione del decreto condiziona o meno l’operatività della discussione orale?

L’operatività di tutto il sistema costruito dall’art. 4 del d.l. n. 28/2020 pare dipendere dal decreto del presidente del Consiglio di Stato. Ma, in mancanza del decreto, la discussione orale potrebbe comunque partire, a condizione però che sia assicurata “*la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati*” e si rientri “*nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici*”; elementi questi che costituiscono le condizioni di legge imprescindibili di operatività della discussione orale da remoto. Altrimenti opinando, quanto previsto dalla legge solo per due mesi resterebbe mero “*flatus vocis*”.

Quanto ai “*tempi massimi di discussione e replica*” - che dovranno necessariamente essere regolati anche in considerazione del numero delle parti costituite, della natura e della complessità del contenzioso - in mancanza del decreto del presidente del Consiglio di Stato, potranno essere stabiliti dal presidente del collegio, con il decreto che ammette la discussione orale, nella comunicazione di segreteria, oppure all’inizio del collegamento da remoto. Al presidente del collegio, anche nel processo telematico, spetta comunque la direzione dell’udienza[[14]](#footnote-14).

**5. Il sistema duale.**

Si è in presenza di ulteriori nuove regole speciali, e derogatorie del c.p.a., per il processo amministrativo nei mesi di giugno e luglio 2020, diverse da quelle seguite finora dal 16 aprile 2020.

Il processo da remoto con la discussione orale comporta un evidente aggravio organizzativo e l’udienza richiederà tempi più lunghi rispetto a quelli abituali in aula. Il “processo cartolare coatto” era senza dubbio più comodo, almeno per i giudici e le segreterie. L’esigenza primaria che ne consegue è quella di non prevedere incombenti ulteriori rispetto a quelli richiesti dalla legge, che andrebbero ad aggravare il processo.

Si dovranno adottare le necessarie misure organizzative conseguenti a: deposito delle istanze di discussione da remoto; valutazioni e provvedimenti dei presidenti dei collegi; comunicazioni da parte delle segreterie; gestione delle note depositate entro le ore 9 del giorno di udienza; verbalizzazione anche nel rispetto della disciplina sulla privacy. E soprattutto occorrerà la previa programmazione temporale delle discussioni in udienza, che si potranno protrarre oltre un’unica giornata.

Quanto al periodo in corso e per tutto il mese di maggio 2020, resta fermo il “processo cartolare coatto” con i rimedi affermati dalla giurisprudenza con riguardo all’art. 84, commi 5 e 6, del d.l. n. 18/2020 e, in particolare, dalle ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539[[15]](#footnote-15). Sul presupposto che, in applicazione dei principi costituzionali e comunitari a presidio e garanzia del diritto di difesa, deve essere comunque assicurata (*cum grano salis*) la discussione orale, ossia la possibilità di dialogare con il giudice nell’immediatezza della decisione.

Dovendosi salvaguardare il principio dell’oralità, si possono trattare i ricorsi, in udienza pubblica o in camera di consiglio, sempre che le parti abbiano rinunciato alla discussione anche implicitamente (per *silentium*), oppure la discussione sia stata richiesta senza adeguata motivazione e in ogni caso in cui il collegio, malgrado apposita istanza, ritenga che non vi sia bisogno della discussione oppure che non possa essere assicurata la ragionevole durata del processo. Solo a queste condizioni è possibile mandare in decisione ricorsi in udienze fissate nel periodo dal 16 aprile a fine maggio 2020, altrimenti si dovrà rinviare per consentire la discussione[[16]](#footnote-16).

Tuttavia, sempre fino a tutto il mese di maggio 2020, non è escluso che si possa pur sempre procedere, da parte del collegio, ad una preliminare interlocuzione con gli avvocati da remoto mediante videoconferenza o audioconferenza (*conference call*) garantendo la *par condicio* delle parti.

Di qui un sistema duale, ossia un doppio regime, dopo già altri due regimi speciali (dall’8 marzo al 15 aprile 2020 e dal 6 aprile al 15 aprile 2020).

Dal 30 maggio 2020 la valutazione ai fini dello svolgimento della discussione orale viene spostata dal collegio, a cui spetta disporre il rinvio per consentire la discussione, al presidente del collegio. Ed è facile immaginare che non sarà semplice assicurare uniformità e omogeneità di trattamento, che dovrebbero invece costituire valori da perseguire nell’applicazione della legge.

**6. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?**

Dopo tutta questa panoramica, una domanda viene spontanea.

Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?[[17]](#footnote-17)

La legislazione dell’emergenza ha cambiato in parte i connotati del processo amministrativo. È successo poi che il giudice amministrativo, nell’applicazione, ha a sua volta cambiato i connotati della legislazione dell’emergenza.

È una legislazione pandemica. Il legislatore, nel generalizzato distanziamento sociale, appare distante dalla realtà nell’emanare norme che dovrebbero risolvere problemi ma che, a causa della loro oscurità e della rapidità di novità continue e contraddittorie, ne creano altri, generando confusione nei soggetti deputati all’applicazione.

Dalla semplificazione alla complicazione il passo è breve. La prima è complicata e resta un’aspirazione, la seconda appare semplificata e ci accompagna nella vita di tutti i giorni, in questo periodo che, proprio perché non privo di difficoltà, avrebbe bisogno di regole chiare e semplici.

Il Parlamento ormai non sembra più in grado di legiferare e, a maggior ragione, nell’emergenza assume una posizione marginale. Per evidenti esigenze di tempestività e di immediatezza la legislazione è in mano al Governo, con i decreti legge per la cui conversione si va avanti a colpi di fiducia, senza la possibilità di adeguati approfondimenti da parte di entrambe le Camere. Così che accade che la normativa posta dai decreti legge viene già in parte cambiata subito dopo la conversione in legge dei decreti stessi ad opera di altri decreti legge[[18]](#footnote-18).

I decreti legge si accavallano nel loro susseguirsi, con avanzamenti e arretramenti, e se ne perde di vista il filo conduttore. Il tutto consegue anche a necessità di aggiustamenti in corso d’opera, ma dei quali forse non ci sarebbe stato bisogno se si avessero avute dall’inizio le idee chiare sul disegno che si voleva realizzare. Ne viene fuori una normativa a puzzle, che costringe a un paziente gioco di ricostruzione e che forse in tempi migliori sarebbe stato anche piacevole; ma pur sempre come gioco.

Si sconta poi il difetto ormai endemico della iper regolazione. Si pretende di regolare tutto con legge, mentre spesso i problemi potrebbero essere risolti con l’adozione di misure di tipo organizzativo senza bisogno di un’autorizzazione legislativa.

La legislazione della pandemia acuisce e manifesta tutti i mali endemici della legislazione. Diventando una vera e propria emergenza nell’emergenza, con ripercussioni sull’applicazione delle regole. Situazione che viene solo temperata dagli interventi interpretativi del giudice, il quale si trova a dovere applicare, in un periodo di per sé straordinario e unico nel suo genere, regole confuse e in continuo cambiamento, le quali, si badi bene, non disciplinano le situazioni soggettive tutelate ma impattano sui meccanismi di quel sistema di tutela che è il processo. Dal cui regolare funzionamento dipende l’effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale.

Ancora di più il giudice avverte un senso di solitudine, non trovando conforto nelle norme da applicare e dovendosi invece rimettere a soluzioni empiriche, nonché alla ricerca dei principi secondo buon senso ed equilibrio.

**7 Conclusioni.**

“Andrà tutto bene”. “Niente sarà più come prima”.

Sono alcune delle frasi ricorrenti in periodo di pandemia. Come lo sono alcune delle domande.

“Il ritorno della normalità dopo l’emergenza è una mera illusione?” “Dopo la pandemia il mondo sarà migliore?”

Lo scenario si adatta anche al processo amministrativo.

La speranza tende verso un ritorno alla fase 0, ossia alla situazione normale ante 8 marzo 2020.

Ma che tutto questo possa già accadere il 1° agosto 2020, oppure a settembre successivo con la fine del periodo feriale, appare alquanto improbabile. La soluzione del problema COVID-19 dal punto di vista sanitario presuppone la scoperta del vaccino e la sua conseguente sperimentazione. Nell’attesa, anche il processo amministrativo vi dovrà convivere e si intravede già una fase 5.

Tuttavia, nella convivenza, non vi è bisogno di ulteriori regole legislative speciali e derogatorie del c.p.a., potendo il diritto alla salute trovare adeguata tutela anche con l’adozione di regole interne, linee guida, protocolli, ossia misure di organizzazione da parte dei capi degli uffici giudiziari; in un quadro delineato a livello generale dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, dal presidente del Consiglio di Stato e dal segretario generale della giustizia amministrativa, per quanto di rispettiva competenza. Garantendo allo stesso modo, in maniera uniforme ma ponderata sulla base delle diverse esigenze del territorio, sia il diritto alla salute (dei giudici, del personale amministrativo e degli avvocati) che il diritto di difesa.

Si pensi a udienze organizzate nel rispetto del distanziamento e dell’esigenza di evitare assembramenti; suddividendole per fasce orarie e parcellizzandole, prevedendo che i difensori delle parti comunichino in segretaria, preliminarmente e in tempo, l’intenzione di mandare in decisione le cause senza discussione. Con il coinvolgimento anche dell’avvocatura, nel principio di leale collaborazione tra giudici e avvocati che connota tutto il processo amministrativo[[19]](#footnote-19). Nella ricerca di modelli procedimentali e prassi diversi da quelli seguiti finora in periodo normale, eppure da tempo così radicati da apparire immutabili.

E comunque nei primi tempi si dovrebbe andare verso il superamento di un processo da remoto assoluto, adottandosi semmai un sistema che consenta, a seconda delle situazioni e delle esigenze, sia un processo in presenza che un processo da remoto; ovvero un sistema misto. Questa volta però non sulla falsariga del processo civile e di quello tributario laddove, con il medesimo d.l. n. 28/2020, è stata prevista la necessità della presenza in ufficio dei magistrati con una sorta di ibrido “processo virtuale in presenza”[[20]](#footnote-20).

**Carmine Volpe**

Presidente della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato

Pubblicato il 12 maggio 2020

1. Dal 4 maggio 2020 con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.) in data 26 aprile 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. Con riguardo all’ultima disciplina sul processo amministrativo nella fase emergenziale, di cui all’art. 4 del d.l. n. 28/2020, si vedano: C. CACCIAVILLANI, *Controcanto sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo (con riferimento all’art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28*, in *Giustamm.it*, n. 5-2020; N. PAOLANTONIO, *Note minime sul contraddittorio orale nel processo amministrativo dell’emergenza (nessuno tocchi la discussione orale)*, in *Giustamm.it*, n. 5-2020; F. SAITTA, *Da Palazzo Spada un ragionevole no al «contradditorio cartolare coatto» in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un’oralità…a discrezione del presidente del collegio*, in *Federalismi.it*, 5 maggio 2020; M. A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L’oralità “condizionata” del processo amministrativo*, in *L’amministrativista*, maggio 2020; G. STRAZZA, *L’emergenza Covid-19 e la sospensione (incerta) dei termini dei procedimenti e del processo amministrativo*, in *L’amministrativista*, maggio 2020; G. VELTRI, *Il processo amministrativo. L’oralità e le sue modalità in fase emergenziale: “tutto andrà bene*”, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. VOLPE, *Ancora sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo*, in *LexItalia.it*, n. 5/2020.

   Relativamente alla disciplina sul processo amministrativo nella fase emergenziale precedente all’art. 4 del d.l. n. 28/2020, si vedano: A. D’URBANO e R. SANTI, *L’abolizione (temporanea?) della fase orale nel processo amministrativo per l’emergenza sanitaria. Il Consiglio di Stato (ordinanze nn. 2358 e 2539 del 2020) riapre alla possibilità di discussione*, in *Federalismi.it*, 29 aprile 2020; 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*, 29 aprile 2020; M. MIDIRI, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *Dirittifondamentali.it*; S. RAIMONDI, *Sugli effetti della legge n. 17/2020 di conversione in legge del D.L. n. 18/2020 sulla proroga dei termini per impugnare disposta dall’art. 36 D.L. n. 23/2020*, in *Giustamm.it*, n. 5-2020; L. VIOLA, *C’è qualcosa di nuovo oggi nel processo amministrativo, anzi d’antico: brevi considerazioni sull’eliminazione dell’udienza di discussione*, in *LexItalia.it*, n. 5/2020; C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in *Giustamm.it*, n. 4-2020, con riguardo anche ai contributi citati nella nota 5 del para. 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. La definizione di “processo cartolare coatto” la si trova nelle ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si rimanda a C. VOLPE, *op. cit.*

   Le altre fasi sono state le seguenti:

   - Fase 1: per il periodo dall’8 marzo al 15 aprile 2020.

   Blocco di tutte le udienze (pubbliche e camerali), che non vengono celebrate. Le cause sono rinviate d’ufficio e le domande cautelari sui ricorsi fissati in questo periodo sono decise con decreto cautelare monocratico ex art. 56 del c.p.a.; ossia, in via eccezionale, la decisione monocratica sostituisce temporaneamente quella collegiale, da fissare in una camera di consiglio dal 6 aprile al 15 aprile 2020, in caso di decreto di accoglimento totale o parziale, o dopo il 15 aprile 2020 negli altri casi.

   - Fase 2: per il periodo dal 6 aprile al 15 aprile 2020.

   Ulteriore regime derogatorio (rispetto alla fase 1) in base al quale le udienze si celebrano ma le cause passano in decisione, senza discussione orale e sulla base degli atti depositati, solo su richiesta congiunta di tutte le parti costituite. [↑](#footnote-ref-3)
4. Si rimanda alla nota 3. [↑](#footnote-ref-4)
5. Si veda il comma 11 del citato art. 84 che ne aveva disposto l’abrogazione. [↑](#footnote-ref-5)
6. Il testo dell’art. 4 del d.l. n. 28/2020 è il seguente:

   “*1. All'articolo 84, commi 3, 4, lettera e), 5, 9, e 10 del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, le parole «30 giugno 2020» sono sostituite con «31 luglio 2020». A decorrere 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. L'istanza è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite. Negli altri casi, il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto. In tutti i casi in cui sia disposta la discussione da remoto, la segreteria comunica, almeno un giorno prima della trattazione, l'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 ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali. Il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge. In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 9 antimeridiane 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. Il decreto di cui al comma 2 stabilisce i tempi massimi di discussione e replica.*

   *2. Il comma 1 dell'articolo 13 dell'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante le norme di attuazione al codice del processo amministrativo, è sostituito dal seguente: «1. Con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale e gli altri soggetti indicati dalla legge, che si esprimono nel termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto, sono stabilite, nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, le regole tecnico-operative per la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico, anche relativamente ai procedimenti connessi attualmente non informatizzati, ivi incluso il procedimento per ricorso straordinario. Il decreto si applica a partire dalla data nello stesso indicata, comunque non anteriore al quinto giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.».*

   *3. A decorrere dal quinto giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del primo decreto adottato dal Presidente del Consiglio di Stato di cui al comma 1 dell'articolo 13 dell'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, come modificato dal comma 2 del presente articolo, è abrogato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 2016, n. 40. E' abrogato il comma 2-quater dell'articolo 136 dell'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo.*”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ai sensi dell’art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale del c.c., “*Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Anche perché il Consiglio dei ministri, con delibera del 31 gennaio 2020, ha dichiarato, per il periodo di sei mesi, lo stato di emergenza sul territorio nazionale in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. [↑](#footnote-ref-8)
9. Diverso è il regime per le controversie pensionistiche fissate per la trattazione innanzi al giudice contabile in sede monocratica, sia in udienza camerale che in udienza pubblica, ai sensi dell’art. 85, comma 5, del d.l. n. 18/2020, come modificato dalla legge di conversione n. 27/2020 e dall’art. 5, comma 1, lett. a), del d.l. n. 28/2020, secondo cui: “*le controversie…passano in decisione senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, salva espressa richiesta di una delle parti di discussione orale*”. La richiesta deve essere notificata a tutte le parti costituite e depositata almeno dieci giorni prima della data di udienza. [↑](#footnote-ref-9)
10. Si veda Cons. Stato, sez. IV, ordinanze, 23 aprile 2020, n. 2574 e 22 aprile 2020, n. 2555, nonché T.A.R. Marche, sez. I, ordinanza, 16 aprile 2020, n. 136, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si rimanda a C. VOLPE, *op. cit.*, para. 5. [↑](#footnote-ref-10)
11. Come invece stabilito innanzi al giudice contabile; si rimanda alla nota 9. [↑](#footnote-ref-11)
12. “*Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE*”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Il D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 è stato adottato a seguito di pareri resi dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, dall’Agenzia per l’Italia digitale, dal Garante per la protezione dei dati personali e dalla sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato. L’art. 13, comma 1, delle norme di attuazione di cui all’allegato 2 al c.p.a., nel testo precedente, prevedeva solo il parere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e dell’Agenzia per l’Italia digitale. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ai sensi dell’art. 11, comma 1, dell’allegato 2 al c.p.a. [↑](#footnote-ref-14)
15. In *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere e ottenere “*il differimento dell’udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di potere discutere oralmente la controversia*”. Ciò in presenza di due presupposti:

    a) “*il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo*”;

    b) «*la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale (e ciò in particolare nella fase cautelare, mentre la pretermissione della discussione nel giudizio di merito va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati, stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate legate alla situazione pandemica “acuta”)*». [↑](#footnote-ref-15)
16. In tal senso anche Cons. Stato, sez. IV, ordinanza, 8 maggio 2020, n. 2475, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha disatteso la richiesta dell’appellato di differimento dell’udienza in camera di consiglio a data successiva al termine della fase emergenziale per poter discutere oralmente la controversia. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che “*il differimento…possa compromettere la ragionevole durata del…giudizio cautelare*” e che sussistano “*manifeste esigenze di economia processuale - potendo il decorrere del tempo privare di utilità la richiesta cautelare avanzata dall’Amministrazione*”. Nella specie il primo giudice aveva accolto la domanda cautelare che, invece, è stata respinta dal Consiglio di Stato per effetto dell’accoglimento dell’appello dell’amministrazione. [↑](#footnote-ref-16)
17. Di interesse A. D’ALOIA, *Dall’emergenza sanitaria all’emergenza…della confusione*”, in *Giustamm.it*, n. 5-2020. [↑](#footnote-ref-17)
18. S. RIZZO, *La burocrazia nuoce ai decreti*, in *La Repubblica* dell’11 maggio 2020, parla dell’ennesimo decreto legge, quello per il rilancio dell’economia, che interviene “*dopo 160 provvedimenti governativi e gli oltre 300 delle Regioni in cento giorni, dopo le 116 pagine del decreto Cura Italia e 129 mila caratteri del decreto Liquidità*”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ai sensi dell’art. 2, comma 2, del c.p.a., “*Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo*”. Secondo U. FANTIGROSSI, *La leale collaborazione tra giudici e avvocati nella giustizia amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, “…*i problemi della giustizia sono in gran parte problemi di organizzazione e…le buone organizzazioni sono quelle in cui tutti gli attori sono chiamati a cooperare in eguale misura per il raggiungimento degli scopi comuni*”. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ciò dal 12 maggio e fino al 31 luglio 2020, ai sensi dell’art. 83, comma 7, lett. f), secondo periodo, del d.l. n. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2020 e modificato dall’art. 3, comma 1, lett. c), del d.l. n. 28/2020, secondo cui: “*Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario e con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti*”. [↑](#footnote-ref-20)