***Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive***

**SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Pandemia da COVID-19 e processo amministrativo.** **3. Ragioni di una differenziazione?** **4. Le ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539.** **5. Conseguenze.** **6. Soluzioni alternative. 7. Considerazioni in prospettiva. 8. “Le affinità elettive”.**

**1. Premessa.**

Questo periodo di pandemia e di conseguente “custodia cautelare domiciliare” (senza aver commesso alcun reato) ha avvicinato molti alla lettura.

Tra i molti sono finito anch’io e ho letto un libro di notevole interesse: *Le affinità elettive*, di Johann Wolfgang Goethe.

Uno dei personaggi, il Capitano, in un discorso con gli altri due protagonisti (Edoardo e Carlotta) sulle “affinità elettive” nelle relazioni umane, così si esprime:

*«Proprio così» assentì il Capitano «e questi sono indubbiamente i casi più interessanti e più strani, quelli nei quali l’attrazione e l’affinità, l’abbandonarsi e il riunirsi ce li possiamo realmente rappresentare come incrociati, quando quattro sostanze, finora unite a due a due, appena messe a contatto, sciolgono il precedente legame per instaurarne uno nuovo. In questo lasciare e prendere, in questo fuggire e cercare sembra potersi scorgere davvero una determinazione superiore: attribuiamo a tali esseri una sorta di volontà e di capacità di scelta e riteniamo pienamente legittimo il termine tecnico “affinità elettive”.»[[1]](#footnote-1)*.

Qualche giorno dopo avere ultimato la lettura del romanzo, pubblicate le ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539, mi sono subito ritornate in mente “le affinità elettive”.

**2. Pandemia da COVID-19 e processo amministrativo.**

Le dette ordinanze, di identico contenuto, rappresentano la prima applicazioni della normativa speciale e derogatoria sul processo amministrativo dettata dall’emergenza epidemiologica da COVID-19 per il periodo dopo il 15 aprile 2020 e subito ne evidenziano una profonda criticità[[2]](#footnote-2).

Alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, con la quale è stato dichiarato per sei mesi lo stato di emergenza sul territorio nazionale in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, hanno fatto seguito un numero considerevole di decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (D.P.C.M.), ordinanze ministeriali e di protezione civile, provvedimenti del Ministero dell’interno, ordinanze dei presidenti di Regione e dei sindaci, circolari, atti tra i più vari[[3]](#footnote-3).

Non si intende affrontare i problemi conseguenti all’alluvione di disposizioni confuse, oscure, capziose, contraddittorie e contrastanti, conseguenti anche ai vari livelli di competenze di tipo orizzontale e verticale, e ai conflitti tra poteri diversi[[4]](#footnote-4), volendosi concentrare sul processo amministrativo.

L’emergenza ha dato luogo non solo ad una normativa derogatoria, ma anche differenziata e peculiare per il processo amministrativo rispetto alla giustizia ordinaria (civile e penale), tributaria, militare e contabile; si vedano gli artt. 83, 84 e 85 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (così detto “Cura Italia”) e l’art. 36 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23[[5]](#footnote-5).

Si elencano alcune peculiarità proprie del processo amministrativo, rispetto agli altri ordini giudiziari:

1) sospensione di tutti i termini processuali, ad esclusione del procedimento cautelare, dall’ 8 marzo 2020 al 15 aprile 2020 (negli altri processi, tranne che per alcune eccezioni indicate e in genere per “*tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti*”, il decorso dei termini è sospeso dal 9 marzo 2020 all’11 maggio 2020);

2) sospensione dal 16 aprile 2020 al 3 maggio 2020 (inclusi) solo dei termini per la notificazione dei ricorsi (da intendere come tutti gli atti con cui si possono introdurre nuove domande), sempre ad esclusione del procedimento cautelare. Sono quindi esclusi dalla sospensione i termini di cui all’art. 73, comma 1, del c.p.a. (codice del processo amministrativo), che sono i così detti termini a ritroso;

3) rinvio d’ufficio di tutte le udienze pubbliche e camerali dei procedimenti pendenti fissate dall'8 marzo 2020 al 5 aprile 2020 a data successiva al 15 aprile 2020 (negli altri processi le udienze da rinviare - a data successiva all’11 maggio 2020 - sono quelle fissate dal 9 marzo 2020 all’11 maggio 2020, tranne che per alcune eccezioni indicate);

4) regime oltremodo speciale (derogatorio di quello speciale) per le controversie fissate in udienza camerale o pubblica nel periodo dal 6 aprile 2020 al 15 aprile 2020 (ossia la settimana prima di Pasqua e metà di quella dopo, in tutto 10 giorni di cui 2 festivi) che “*passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati*”, solo “*se ne fanno congiuntamente richiesta tutte le parti costituite*” nel termine perentorio di due giorni liberi prima dell’udienza;

5) adozione di misure organizzative “*per contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell’attività giurisdizionale e consultiva, a decorrere dal 8 marzo 2020 e fino al 30 giugno 2020*”, da parte dei presidenti titolari delle sezioni del Consiglio di Stato, del presidente del Consiglio di giustizia amministrava per la Regione siciliana, dei presidenti dei T.AR. e delle relative sezioni staccate, “*sentiti l’autorità sanitaria regionale e il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati della città ove ha sede l’Ufficio*” (negli altri ordini giudiziari, eguale competenza è attribuita unicamente ai capi degli uffici giudiziari e, per la giustizia contabile, ai vertici istituzionali degli uffici territoriali e centrali);

6) dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020,“*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'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso. Le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione. Il giudice, su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare le note, dispone la rimessione in termini in relazione a quelli che, per effetto del secondo periodo del comma 1, non sia stato possibile osservare e adotta ogni conseguente provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo. In tal caso, i termini di cui all'articolo 73, comma 1, del codice del processo amministrativo sono abbreviati della metà, limitatamente al rito ordinario*”[[6]](#footnote-6) (simile disposizione vi è, per il periodo dal 12 maggio 2020 al 30 giugno 2020, in deroga alle previsioni del codice di giustizia contabile, per tutte le controversie pensionistiche fissate per la trattazione innanzi al giudice contabile in sede monocratica, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica);

7) dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020, “*Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*”[[7]](#footnote-7) (negli altri processi, escluso quello penale, la previsione dello svolgimento delle udienze mediante collegamenti da remoto è demandata ai capi degli uffici giudiziari e, per la giustizia contabile, ai vertici istituzionali degli uffici territoriali e centrali);

8) mancata previsione dello svolgimento delle udienze, 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 delle parti [possibilità di previsione demandata, invece, con l’adozione delle misure elencate al n. 5), ai capi degli uffici giudiziari per la giustizia ordinaria, tributaria e militare e ai vertici istituzionali degli uffici territoriali e centrali per la giustizia contabile].

**3. Ragioni di una differenziazione?**

Tre sono le fasi e i conseguenti regimi speciali previsti per il processo amministrativo emergenziale: fase 1, 2 e 3[[8]](#footnote-8).

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

- Fase 3: per il periodo dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020.

L’attività giudiziaria riprende in pieno 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”.

Le ragioni della differenziazione rispetto agli altri ordini giudiziari non sono facilmente comprensibili. Soprattutto in un periodo unico, nella sua drammaticità e peculiarità nella storia degli ultimi 75 anni del Paese, di pericolo per la vita e la salute delle persone, di limitazioni alle libertà personali, all’economia e ai rapporti sociali, che ha comportato l’obbligo di rimanere a casa, il distanziamento sociale e il *lockdown* in tutto il territorio nazionale[[9]](#footnote-9). Con regole e disposizioni spesso diverse nei territori delle Regioni, alcune delle quali hanno visto situazioni che definire tragiche è riduttivo, e con conseguenti difficoltà di spostamento, lavorative e relazionali (prima nemmeno immaginabili) per tutti, tra cui gli addetti alla giustizia amministrativa: giudici, avvocati e personale di segreteria. Nella pandemia e nelle relative misure restrittive, si sarebbero dovute considerare allo stesso modo le esigenze di tutti i soggetti del processo, le quali non mutano, data l’identità della situazione oggettiva, negli altri sistemi di giustizia.

Per cui le peculiarità del processo amministrativo, come quelle di ogni processo, passano in second’ordine allorquando bisogna risolvere (o comunque venire incontro a) esigenze comuni agli operatori dei diversi sistemi di giustizia conseguenti allo stesso evento di emergenza sanitaria. Non per nulla si dice che il giudice amministrativo è il giudice ordinario della pubblica amministrazione, intendendosi in tal modo che innanzi al medesimo è possibile conseguire una tutela piena ed effettiva nei confronti dell’esercizio del potere allo stesso modo di quella assicurata dall’ordinamento innanzi a ogni tipo di giudice.

Ogni processo ha le sue regole e i suoi codici. Ma la sospensione dei termini processuali, il rinvio dell’udienze, lo svolgimento delle udienze da remoto dovrebbero essere regolati allo stesso modo dalla legislazione dell’emergenza poiché tendono a risolvere problemi comuni alle giurisdizioni, nell’interesse di tutti gli attori e gli utenti del sistema di giustizia. Che è pur sempre unico sebbene articolato in diversi ordini giudiziari.

La filosofia che si intravede alla base delle norme è la seguente: l’emergenza epidemiologica non deve incidere sul celere ed efficiente svolgimento di un servizio essenziale quale la giustizia amministrativa, che non si ferma e anzi costituisce un esempio virtuoso nel panorama delle tutele apprestate dall’ordinamento. Soprattutto per essersi già da tempo dotata del PAT (ossia, del processo amministrativo telematico), il quale ha consentito al giudice amministrativo di non fermarsi pur nell’emergenza da COVID-19[[10]](#footnote-10).

Ma il processo telematico esiste da tempo anche nel processo civile e in quello tributario.

Non si giustifica il diverso regime della sospensione dei termini processuali, differenziato solo per 26 giorni; per il processo amministrativo sino al 15 aprile 2020 e negli altri casi sino all’11 maggio 2020.

Ancora meno comprensibile è la *ratio* alla base dell’ennesima specialità, ossia la sospensione dei soli termini per la notificazione dei ricorsi dal 16 aprile 2020 al 3 maggio 2020. Le medesime esigenze avrebbero dovuto procrastinare la sospensione dei termini, non solo per l’attività di iniziativa giudiziaria, ma anche per quella conseguente alla *vocatio in ius*. E poi perché fino al 3 maggio 2020 e non all’11 maggio 2020, ossia soli 8 giorni in meno per non allinearsi con gli altri sistemi di giustizia?

Nemmeno si giustifica appieno l’avere bloccato le udienze solo fino al 5 aprile 2020 anziché fino all’11 maggio 2020 come per gli altri ordini giudiziari, per una differenza di 36 giorni.

Ma quello che non ha proprio senso è l’ulteriore regime derogatorio, speciale nello speciale, previsto per le udienze dal 6 aprile 2020 al 15 aprile 2020 (sette giorni lavorativi se si tolgono il sabato e i giorni festivi), in cui i ricorsi (di merito e cautelari) potevano andare in decisione solo in caso di richiesta congiunta di tutte le parti costituite. Si è così istituita una terza fase, con un regime del tutto proprio - a differenza degli altri ordini giudiziari che ne hanno due - la quale, alla prova pratica e con riguardo alle udienze svoltesi nel detto periodo nelle cinque sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, non sembra aver avuto un buon risultato, date le percentuali molto basse di ricorsi non rinviati e mandati in decisione.

Il che non era difficile prevedere. Nel pieno della pandemia e nelle conseguenti drammatiche difficoltà, trovare l’accordo di tutte le parti, tra loro in posizioni necessariamente contrapposte, è pura utopia.

Infine, la scelta del “processo cartolare coatto”, nell’escludere la celebrazione di una vera e propria udienza telematica con la partecipazione dei difensori delle parti, che, seppure non sempre ma a determinate condizioni, era stata inizialmente consentita dall’art. 3, commi 4 e 5, del d.l. 8 marzo 2020, n. 11, abrogato dall’art. 84, comma 11, del d.l. n. 18/2020. Alla prima applicazione pratica (si rimanda al paragrafo successivo) ne sono emerse subito le criticità.

La normativa emergenziale ha senza dubbio avuto un pregio. Quello di consentire, nel periodo tra l’8 marzo 2020 e il 15 aprile 2020, l’esercizio della tutela cautelare[[11]](#footnote-11). Il che è stato possibile convertendo l’ordinario rito collegiale previsto dall’art. 55 del c.p.a. in quello monocratico di cui all’art. 56 del c.p.a.[[12]](#footnote-12), da sottoporre comunque a verifica successiva da parte del Collegio.

Quello che traspare è una smania di efficienza e di produttività del processo amministrativo che si intravede nelle norme emergenziali. Mentre un più meditato periodo suddiviso in due fasi, una prima consistente nella sospensione di tutti i termini processuali, nel blocco delle udienze e nell’esercizio del potere cautelare monocratico, e una seconda basata su di un’effettiva udienza *on line* (con la possibile partecipazione degli avvocati) sulla falsariga delle altre giurisdizioni e dei rispettivi tempi, avrebbe potuto consentire una migliore gestione dell’emergenza processuale. E poi, nella ripartenza, riavviare i motori cercando di recuperare l’efficienza perduta e il *gap* di produttività, anche con la sola adozione di misure di tipo organizzativo e a prescindere da ulteriori interventi normativi.

**4. Le ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539.**

All’alba della fase 3[[13]](#footnote-13) intervengono due rilevanti pronunce del Consiglio di Stato, a seguito di udienza svoltasi, ai sensi dell’art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, attraverso videoconferenza con l’utilizzo di piattaforma “Microsoft Teams”[[14]](#footnote-14).

Si tratta delle ordinanze 21 aprile 2020, nn. 2538 e 2539, con cui la sez. VI premette che «*il processo amministrativo, a differenza del processo penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso “forte”…, ben potendo il confronto tra i litiganti e con il giudice avvenire in forma meramente cartolare e le parti decidere di neppure comparire in udienza*».

Afferma, quindi, che il citato art. 84, comma 5, deve essere interpretato nel senso che 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”)*».

Di seguito i passaggi centrali delle ordinanze, riferiti al “processo cartolare coatto”:

a) “*non appare una soluzione ermeneutica compatibile con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice ha sempre l’onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione*”;

b) costituisce «*una deviazione irragionevole rispetto allo “statuto” di rango costituzionale che si esprime nei principi del «giusto processo»*» ai sensi degli artt. 111, comma secondo, e 24 Cost., imponendo che le parti “*abbiano la possibilità concreta di esporre puntualmente (e, ove lo ritengano, anche oralmente), le loro ragioni, rispondendo e contestando quelle degli altri*”;

c) contrasta con l’art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU)[[15]](#footnote-15), come interpretato dalla Corte europea dei diritti, poiché:

c.a) “*il divieto assoluto di contraddittorio orale potrebbe rilevarsi un ostacolo significativo per il ricorrente che voglia provocare la revisione…della decisione resa dall’autorità amministrativa*”;

c.b) si scontra con il principio della pubblicità dell’udienza; il quale, anche se non ha valore assoluto, secondo la Corte Costituzionale[[16]](#footnote-16) può “*cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali*” e, secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, la mancata pubblicità dell’udienza può essere giustificata da “*alcune situazioni eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare (quale, ad esempio, il carattere «altamente tecnico» del contenzioso*)” e “*deve essere «strettamente imposta» dalle circostanze della causa*”;

d) finisce «*per connotare il rito emergenziale in termini di giustizia “segreta”, refrattaria ad ogni forma di controllo pubblico*».

**5. Conseguenze.**

A seguito delle citate ordinanze del Consiglio di Stato le fondamenta della fase 3 della normativa emergenziale nel processo amministrativo incominciano a traballare.

Cadono le certezze sulla conformità a Costituzione della normativa e se ne opera una parziale disapplicazione[[17]](#footnote-17).

Nella fase 3, non essendo consentita dalla legge la discussione orale e quindi la partecipazione dei difensori all’udienza telematica, la parte che intende discutere la causa può chiedere il rinvio a dopo il 30 giugno 2020. Il tutto viene rimesso alla valutazione del Collegio, che però deve disporre il rinvio nel caso in cui la causa non sia così semplice da rendere superflua la discussione e sempre che possa essere garantita la ragionevole durata del processo (ossia rinvio a breve).

Si è detto e scritto molto al riguardo. La normativa dettata dall’emergenza epidemiologica da COVID-19 intende salvaguardare la salute, “*fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività*” (art. 32 Cost.). Ne consegue la limitazione di altri diritti costituzionalmente protetti: tra cui, in particolare, le libertà individuali (artt. 13, 16, 17, 18 e 19 Cost.) e i diritti economici (art. 41 Cost.), che soccombono di fronte alla tutela del diritto alla vita.

Nel contemperamento degli interessi in conflitto, la normativa emergenziale pone il diritto alla salute al primo posto, al di sopra degli altri diritti fondamentali. È la *vulgata* “la salute prima di tutto”.

Nel processo la tutela della salute pubblica deve essere contemperata con il rispetto di altri principi costituzionali, tra cui il diritto di difesa, il principio di effettività della tutela, il diritto ad un giusto processo (artt. 24, 103, 111 e 113 Cost.). A loro volta i principi di effettività e del giusto processo, in attuazione della Costituzione e del diritto europeo, costituiscono principi generali della giurisdizione amministrativa (artt. 1 e 2 del c.p.a.). Poi, il diritto ad un’udienza pubblica trova copertura nel principio del giusto processo dichiarato dagli artt. 6 della CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Carta di Nizza)[[18]](#footnote-18).

Per il Consiglio di Stato il diritto alla salute tutelato dalla normativa emergenziale non è in grado di prevalere sul diritto al giusto processo, sul diritto di difesa e sui principi relativi. La garanzia del contraddittorio scritto non basta poiché deve essere assicurata la discussione orale, ossia la possibilità dell’avvocato di dialogare con il giudice, nell’immediatezza della decisione. Anche per potere contrastare fino all’ultimo quanto contenuto negli scritti, il che non è sostituito dalla “*facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione*” (art. 84, comma 5, secondo periodo, del d.l. n. 18/2020). Soprattutto nel giudizio cautelare - nel quale si applica la diversa disposizione di cui all’art. 55, comma 5, secondo periodo, del c.p.a.[[19]](#footnote-19) - laddove l’immediatezza della procedura rende oltremodo utile il colloquio con il Collegio. Ciò in quanto esigenze di chiarimenti e di illustrazioni da fornire al Collegio possono scaturire da un momento successivo alla scadenza del termine per il deposito delle “*brevi note*” o comunque trovare occasione proprio nelle “*brevi note*” depositate da controparte.

La posizione del Consiglio di Stato è da apprezzare per l’importanza attribuita alla discussione orale, conseguenza non solo dell’oggettiva rilevanza del contraddittorio nel processo amministrativo ma soprattutto del ruolo centrale demandato all’udienza, che costituisce il momento finale, non replicabile, della causa nella relazione giudici/avvocati e precede solo quello della decisione e della sua manifestazione esterna (con la pubblicazione della sentenza o dell’ordinanza).

Ora si sa che la pubblicità dell’udienza non è essenziale, potendo la stessa avvenire anche a porte chiuse (art. 87, comma 1, del c.p.a.). Tuttavia la normativa emergenziale, non consentendo la discussione orale, è andata oltre l’udienza a porte chiuse. Si è prevista una non udienza, ossia una camera di consiglio, anche da remoto, che nella sostanza è l’incontro dei giudici per decidere, sulla base degli scritti, i ricorsi portati al loro esame.

La conseguenza qual è?

L’esigenza che la giustizia deve andare comunque avanti nella pandemia non può sacrificare la partecipazione degli avvocati all’udienza con la discussione orale[[20]](#footnote-20). Il che consegue a un altro concetto, che alcune volte si perde di vista: il processo non appartiene unicamente al giudice ma anche alle parti, e il giudice esiste proprio perché le parti si rivolgono a lui per ottenere giustizia in una controversia che non ha potuto trovare soluzione in altro modo.

Sulla stessa strada del Consiglio di Stato si pone anche il Tribunale amministrativo regionale (T.A.R.) delle Marche, con l’ordinanza della sez. prima, 16 aprile 2020, n. 136, secondo cui, sebbene l’art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020 prevede che nel periodo dal 16 aprile 2020 al 30 giugno 2020 le cause fissate in camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare possono essere decise con sentenza in forma semplificata (così detta breve) ai sensi dell’art. 60 del c.p.a. “*omesso ogni avviso*”, la norma va applicata evitando un’ulteriore compromissione del diritto di difesa delle parti e quindi con possibilità di dare l’avviso di cui all’art. 60 del c.p.a. con un’ordinanza riconducibile al *genus* di quella dell’art. 73, comma 3, del c.p.a. Il T.A.R. ha così dato avviso alle parti della decisione del Collegio di definire il giudizio nella fase cautelare e ha fissato una nuova camera di consiglio.

In tal modo il giudice ha disapplicato un’altra previsione della legislazione dell’emergenza[[21]](#footnote-21).

.

**6. Soluzioni alternative.**

Ai sensi dell’art. 84, comma 6, del d.l. n. 18/2020, “*Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto*”.

Dovendosi salvaguardare il principio dell’oralità, si possono quindi 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 chiesta 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 2020 al 30 giugno 2020, altrimenti si dovrà rinviare a dopo il 30 giugno 2020.

E naturalmente le conseguenti valutazioni del giudice di primo grado potranno essere soggette al controllo giurisdizionale da parte del giudice d’appello a seguito di impugnazione della relativa decisione.

Si ritorna in parte, in via giurisprudenziale, a quella che era la soluzione prospettata dall’art. 3, commi 4 e 5, del d.l. n. 11/2020[[22]](#footnote-22), e troppo presto abbandonata.

Ossia passaggio in decisione delle controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, sulla base degli atti, salvo che almeno una delle parti abbia chiesto la discussione in udienza camerale o in udienza pubblica con apposita tempestiva istanza.

L’art. 3, comma 5, del d.l. n. 11/2020 consentiva in questo caso 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.

Ora tutto questo è possibile?

Si osserva, a motivo della risposta negativa, che per consentire la partecipazione degli avvocati alle udienze in collegamento da remoto ci sarebbe voluta una modifica del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 che, in applicazione 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.

Ma il citato D.P.C.M. non disciplina l’udienza da remoto, che invece l’art. 84, comma 6, del d.l. n. 18/2020 ha espressamente consentito senza prevedere alcuna disciplina specifica. E allora una domanda viene spontanea. Se le udienze nella fase 3 si stanno svolgendo mediante collegamenti da remoto senza alcuna disciplina da parte del D.P.C.M. n. 40/2016, non sarebbe possibile anche la partecipazione degli avvocati che presentano apposita istanza di discussione?

Evidentemente non si è pensato a disciplinare in tempo le udienze da remoto mediante strumenti informatici o telematici e anche previo protocolli con gli ordini professionali.

Allora, forse, la soluzione migliore da parte della normativa emergenziale sarebbe stata quella di prevedere due soli regimi per due sole fasi:

- Fase 1: blocco delle udienze e solo decreti cautelari monocratici fino a una certa data (ma successiva al 15 aprile 2020) per il periodo di tempo necessario a disciplinare le udienze da remoto;

- Fase 2: udienze da remoto con la possibile partecipazione degli avvocati sulla falsariga del modello delineato dall’art. 3, commi 4 e 5, del d.l. n. 11/2020.

La legge di conversione del d.l. n. 18/2020 è stata approvata in via definitiva dalla Camera dei deputati il 24 aprile 2020 (senza correzioni rispetto al testo approvato dal Senato) e sul contenuto originario dell’art. 84 non vi sono modifiche sostanziali. In mancanza di ulteriori rimedi normativi alle criticità nel frattempo createsi, potrebbe pur sempre procedersi, da parte del Collegio, ad una preliminare interlocuzione con gli avvocati da remoto mediante videoconferenza o audioconferenza (*conference call*).

**7. Considerazioni in prospettiva.**

La legislazione dell’emergenza è per sua stessa natura eccezionale e provvisoria. Essa non si deve trasformare nell’ordinario e nel definitivo.

È evidente però che può contribuire a migliorare l’ordinario. Questa esperienza non prevista e inimmaginabile bisogna viverla anche come un’occasione di riflessione per cercare di migliorare il sistema e ripartire quanto prima e meglio di prima. Quando l’emergenza sarà finita dovremo far tesoro di quanto accaduto e trarne le dovute conseguenze.

Niente sarà più come prima?

Non è semplice dirlo. Non lo sanno nemmeno gli scienziati che nel periodo di pandemia hanno detto tutto e il contrario di tutto.

Per il processo amministrativo è già iniziata la fase 3 che, al momento, si conclude il 30 giugno 2020. È abbastanza prevedibile che dopo non ci sarà un ritorno completo alla normalità, ossia alla situazione ante 8 marzo 2020 (la fase 0). Ci sarà certamente una fase 4 - e si spera che sia l’ultima - in cui l’attività si rimetterà in moto con precauzioni e regole ulteriori.

Intanto l’emergenza ha messo in evidenza il male endemico della cattiva legislazione; tante regole, capziose, complicate, poco chiare, contraddittorie. Il caos normativo si è manifestato in tutta la sua evidenza e la disciplina del processo amministrativo non ne è stata esente. Mentre invece ci sarebbe stato bisogno, come sempre, di poche regole, chiare, certe e univoche.

La semplificazione normativa è ormai una chimera. Eppure viene tanto invocata, quasi come se fosse diventata la panacea di tutti i mali per potere ripartire al meglio. Ma se non si riesce a semplificare in via ordinaria è difficile pensare che ci si riesca nell’emergenza.

Quelle che non sembrano ragionevoli sono le marcate differenze che la legislazione dell’emergenza ha portato nel processo amministrativo rispetto alle altre giurisdizioni. E comunque non può accettarsi la compromissione del diritto di difesa delle parti, che sembra andare nella direzione di un modello processuale autoritario, distante non solo dai valori costituzionali ma soprattutto dai valori propri della cultura del processo e della giustizia amministrativa in particolare. Valori dei quali continua a farsi portatore il Consiglio di Stato nei suoi quasi duecento anni di storia[[23]](#footnote-23).

**8. “Le affinità elettive”.**

La legge vede e costruisce in un dato modo il processo amministrativo dell’emergenza e il rapporto tra i giudici e il foro.

I giudici, nell’applicare la legge, vedono il processo in altro modo e danno piena attuazione a quelli che ne sono i principi generali: effettività e giusto processo. Tutto questo in affinità con il foro e le esigenze conseguenti al contraddittorio e al corretto esercizio del diritto di difesa.

Si parte da sensibilità diverse per arrivare ad affinità elettive. Legge/processo, legge/foro, giudici/processo, giudici/foro: “*quattro sostanze, finora unite a due a due, appena messe a contatto, sciolgono il precedente legame per instaurarne uno nuovo”[[24]](#footnote-24)*.

**Carmine Volpe**

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

Pubblicato il 27 aprile 2020

1. Parte prima, capitolo IV, verso la fine. [↑](#footnote-ref-1)
2. La camera di consiglio si era svolta il 16 aprile 2020. [↑](#footnote-ref-2)
3. Da ultimo le F.A.Q. Si veda “*Decreto#IoRestoaCasa, domande frequenti sulle misure adottate dal Governo*”, sul sito internet della Presidenza del Consiglio dei Ministri dal 25 aprile 2020. [↑](#footnote-ref-3)
4. Emblematico è il conflitto verificatosi tra il sindaco di Messina e il ministro dell’interno, che ha dato luogo all’esercizio del potere ministeriale di annullamento straordinario a tutela dell’unità dell'ordinamento, ai sensi degli artt. 138 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e 2, comma 3, lett. p), della l. 23 agosto 1988, n. 400. Si veda, in particolare, il parere n. 735 in data 7 aprile 2020 reso dal Consiglio di Stato, sez. I, in *www.giustizia-amministrativa.it*. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sulla normativa dell’emergenza in tema di processo amministrativo i contributi sono già numerosi. Se ne citano alcuni, senza pretesa di completezza: **C. CATALDI**, *La giustizia amministrativa ai tempi del Covid-19*, in *Giustamm.it*, n. 3-2020; **T. COCCHI, B. GARGARI, V. SORDI**, *La tutela cautelare di secondo grado ai tempi del COVID-19. Primissime applicazioni del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, n. 4-2020; **D. 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*, n. 3/2020; **R. DE NICTOLIS**, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; **S. FIDANZIA**, *Le decisioni del giudice amministrativo in tema di emergenza epidemiologica da Covid-19: profili processuali e interessi costituzionalmente coinvolti*, in *LexItalia.it*, n. 4/2020; **F. FRANCARIO**, *Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, *in Giustizia insieme*, marzo 2020; **N. PAOLANTONIO**, *Il processo amministrativo dell’emergenza: sempre più “speciale”*, in *Giustamm.it*, n. 4-2020; **C. SALTELL**I, *Note sulla tutela cautelare dell’art. 84 del d.l. 27 marzo 2020, n. 18*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; **M. A. SANDULLI**, *Riflessioni “costruttive” a margine dell’art. 36, co. 3, d.l. n. 23 del 2020. Proposte per una possibile soluzione per contemperare il diritto al “pieno” contraddittorio difensivo con le esigenze organizzative nei giudizi amministrativi*, in *www.giustizia-amministrativa.it* e *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*; **S. TARULLO**, *L’udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un’occasione perduta*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; **G. TULUMELLO**, *Ex captivitate salus?*, in *Giustamm.it*, n. 4-2020; **G. VERCILLO**, *Giusto processo amministrativo e rito emergenziale istituito dall’art. 84 del D.L. n. 18/2020*, in *Giustamm.it*, n. 4-2020; **F. VOLPE**, *Riflessioni dopo una prima lettura dell’art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo* e *Commento all’art. 3, D.L. 8 marzo 2020, n. 11*, entrambi in *LexItalia.it*, n. 3/2020.

Si vedano anche i vari contributi contenuti nell’*Osservatorio Emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*. [↑](#footnote-ref-5)
6. Art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020. [↑](#footnote-ref-6)
7. Art. 84, comma 6, del d.l. n. 18/2020. [↑](#footnote-ref-7)
8. Le nuove norme hanno avuto bisogno di indicazioni fornite dal Presidente del Consiglio di Stato in tre diversi momenti: con il decreto 10 marzo 2020, n. 71 e con le note 19 marzo 2020, n. 1454 e 20 aprile 2020, n. 7400, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con riguardo, rispettivamente, agli artt. 3 del d.l. 8 marzo 2020, n. 11, 84 del d.l. n. 18/2020 e 36 del d.l. n. 23/2020. [↑](#footnote-ref-8)
9. Per la durata, al momento, di quasi due mesi, dal 12 marzo 2020 al 3 maggio 2020, come disposto dal D.P.C.M. in data 10 aprile 2020. [↑](#footnote-ref-9)
10. **R. DE NICTOLIS**, *op. cit.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Al riguardo si rimanda a **G. VELTRI***, Giustizia amministrativa: a pieno regime la tutela monocratica “emergenziale”. Questioni cautelari connesse al Covid decise in poche ore*, in *www.giustizia-amministrativa.it.* [↑](#footnote-ref-11)
12. Ai sensi dell’art. 84, comma 1, quarto, quinto e sesto periodo, del d.l. n. 18/2020. [↑](#footnote-ref-12)
13. A livello nazionale la fase 2 inizierà il 4 maggio 2020, mentre nella giustizia amministrativa si è già nella fase 3 dal 16 aprile 2020. [↑](#footnote-ref-13)
14. L’udienza si è tenuta nella camera di consiglio del 16 aprile 2020 nel rito di accesso ai documenti amministrativi, ex art. 116 del c.p.a. [↑](#footnote-ref-14)
15. Si riporta il testo dell’art. 6, paragrafo 1, della CEDU:

“*Diritto ad un processo equo.*

*1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge, che decide sia in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale derivata contro di lei. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti in causa, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia*”. [↑](#footnote-ref-15)
16. In tal senso Corte Cost. 11 marzo 2011, n. 80. Nello stesso senso Corte Cost.: 15 giugno 2015, n. 109; 5 giugno 2015, n. 97; 27 luglio 1992, n. 373; 8 febbraio 1991, n. 69; 16 febbraio 1989, n. 50; 24 luglio 1986, n. 212; 2 febbraio 1971, n. 12.

Di interesse il seguente passo della citata sentenza n. 80/2011: “*Per consolidata giurisprudenza della Corte, infatti, pure in assenza di un esplicito richiamo in Costituzione, «la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale - in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. - trova in quella sovranità la sua legittimazione» (ex plurimis, sentenze n. 373 del 1992, n. 69 del 1991 e n. 50 del 1989). D'altra parte, pur dovendosi anche precisare che il principio in questione «non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative», ciò tuttavia si giustifica solo quando le stesse risultino «obiettive e razionali» (sentenza n. 212 del 1986), e, nel caso del dibattimento penale, «collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale» (sentenza n. 12 del 1971)*”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Secondo **R. DE NICTOLIS**, *op. cit.* (in conclusione dell’articolo), “*La disciplina del processo amministrativo ai tempi della pandemia…si sottrae…a immeritati dubbi di costituzionalità*”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Il testo dell’art. 47 della Carta di Nizza è il seguente:

“*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.*

*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.*

*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare*.

*A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia*”. [↑](#footnote-ref-18)
19. “*Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio*”. [↑](#footnote-ref-19)
20. Secondo **S. TARULLO**, *op. cit.*, “..*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*”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Così anche il Consiglio di Stato, sez. IV, con le ordinanze 22 aprile 2020, n. 2555 e 23 aprile 2020, n. 2574, ma senza rinviare a un’altra camera di consiglio. Ritenuti sussistenti i presupposti per applicare l’art. 60 del c.p.a., si è assegnato alle parti un termine per l’eventuale deposito di memorie al fine di rappresentare eventuali fatti ostativi all’emanazione di questo tipo di pronuncia, disponendo che, in difetto di opposizione o di inidoneità dei fatti eventualmente rappresentati, si potrà definire la controversia ai sensi del citato art. 60, riservando la decisione sia cautelare che di merito. [↑](#footnote-ref-21)
22. Abrogato dall’art. 84, comma 11, del d.l. n. 18/2020. Il testo dell’art. 3, commi 4 e 5, del d.l. n. 11/2020 è il seguente:

“*4. Fino al 31 maggio 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione sulla base degli atti, salvo che almeno una delle parti abbia chiesto la discussione in udienza camerale o in udienza pubblica con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare almeno due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione; anche nei casi in cui non sia stata richiesta la discussione, i difensori sono comunque considerati presenti a tutti gli effetti.*

*5. Nel caso in cui sia stata chiesta la discussione ai sensi del comma 4, i presidenti di cui al comma 2, possono, in ragione motivata della situazione concreta di emergenza sanitaria e in deroga a quanto previsto dal codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, consentire 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. Il luogo da cui si collegano magistrati, personale addetto e difensori delle parti è considerato aula di udienza a tutti gli effetti di legge. Di tutte le operazioni è redatto processo verbale*”. [↑](#footnote-ref-22)
23. Il bicentenario sarà nel 2031. [↑](#footnote-ref-23)
24. Si veda il paragrafo 1. [↑](#footnote-ref-24)