



# Consiglio di Stato

IL PRESIDENTE

## LINEE GUIDA SULL'APPLICAZIONE DELL'ART. 4 DEL D.L. 28/2020 E SULLA DISCUSSIONE DA REMOTO

*Quelle che seguono sono le “terze” linee guida sulle norme processuali emergenziali.*

*Esse saranno affiancate da un protocollo di intesa tra la Giustizia amministrativa, nella persona del Presidente del Consiglio di Stato, il Consiglio Nazionale Forense e l'Ordine degli Avvocati di Roma, l'Avvocatura generale dello Stato e le associazioni degli avvocati amministrativisti, teso a responsabilizzare le parti verso un'applicazione della legge e delle presenti linee guida informata ai principi di cooperazione e lealtà processuale. V'è consapevolezza che trattasi di strumento giuridicamente non vincolante; tuttavia esso può stimolare le migliori pratiche, diffondere l'informazione e l'invito alla leale collaborazione presso tutti i singoli avvocati, raccogliere l'adesione convinta delle associazioni su alcuni soluzioni di buon senso e valorizzare il contributo partecipativo e fattivo di queste ultime, in uno sforzo corale che consenta di affrontare al meglio e con il giusto spirito questa, si confida ultima, fase processuale “emergenziale”.*

\*\* \*\* \*

### **1. Premessa sui contenuti della nuova disposizione processuale**

Com'è noto, il 30 aprile u.s. è entrato in vigore il decreto-legge n. 28. L'art. 4 del d.l. n. 28/2020, ripristina la facoltà di discussione orale della causa, che affianca alla trattazione del processo solo scritto che ha caratterizzato la prima fase del diritto processuale dell'emergenza. Esso disciplina la discussione da remoto e prevede sostanzialmente tre ipotesi: 1. la richiesta congiunta; 2. la richiesta di alcune soltanto delle parti; 3. la discussione della causa disposta dal Presidente del collegio anche in assenza di istanza di parte.

Nel primo caso, il presidente dispone senz'altro la discussione. Nel secondo caso, il presidente valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. Nel terzo caso, la discussione è disposta d'ufficio dal Presidente sulla base di necessità legate al caso da decidere.

### **2. Periodo di applicazione della novella**

L'art. 4 del d.l. n. 28/2020 prevede che «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...». Nonostante che la *littera legis* sembrerebbe collegare il termine del 30 maggio alla facoltà di richiesta della discussione, lasciando così apparentemente intendere che l'istanza relativa possa essere presentata solo a partire dal 30 maggio sembra decisamente preferibile riferire i predetti termini alle udienze e, quindi, ritenere che la disposizione trovi applicazione per tutte le udienze, già fissate o che verranno fissate, da tenere nell'intervallo temporale indicato e,

dunque, anche per quelle in cui il termine a ritroso, significativo ai fini della presentazione dell'istanza di discussione, scada prima del 30 maggio. La diversa opzione interpretativa, poiché i termini di tale facoltà sono agganciati a quelli ordinari per le memorie di replica e comunque fissati in cinque giorni liberi per le cautelari, condurrebbe all'applicazione del regime normativo in questione soltanto a partire dalle udienze di merito fissate dal 19 giugno in poi nei riti ordinari, dal 9 giugno in poi per quelli accelerati e dal 4 giugno per i giudizi cautelari.

Il citato effetto si porrebbe contro il *favor* per la discussione che il Legislatore ha dimostrato (al punto da utilizzare la decretazione d'urgenza), andando a detrimento della portata applicativa della novella e dalla sua *ratio* di consentire le udienze da remoto nel lasso temporale dal 30 maggio al 31 luglio. E se non vi è dubbio che il riferimento temporale al 31 luglio riguardi l'udienza, ad analoga conclusione è giocoforza addivenire con riguardo al riferimento temporale del 30 maggio.

Del resto, la circostanza che il decreto-legge sia stato varato (non a ridosso, ma) un mese prima dell'inizio del nuovo rito depone per la consapevolezza da parte del Legislatore che l'effettiva applicazione del rito telematico con discussione da remoto avrebbe imposto lo svolgimento di attività defensionali propedeutiche (la presentazione dell'istanza appunto) che si collocano, nella linea temporale, molto prima della data fissata dal decreto per l'inizio della nuova fase.

Lo schema del decreto del Presidente del Consiglio di Stato sulle regole tecnico-operative del processo telematico, di imminente emanazione, *ex* art. 4, comma 2, del d.l. n. 28/2020, si presenta, del resto, allineato a tale esegesi poiché consente la discussione da remoto, con effetto dalla sua entrata in vigore, purché le parti ne abbiano per tempo avanzato istanza.

### **3. Rapporto della nuova disposizione con l'art. 84 del d.l. n. 18/2020**

Ulteriore nodo da sciogliere riguarda il rapporto tra l'ultravigente art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18 e il nuovo art. 4 del decreto-legge n. 28/2020. In particolare, occorre chiarire se l'innesto della discussione sostituisca ovvero si aggiunga alla facoltà processuale di deposito delle brevi note entro due giorni liberi dall'udienza, già prevista dal comma 5 citato.

È preferibile una ricostruzione duale dei riti delineati dalla normativa, senza ibridazione alcuna fra gli stessi:

- a) se è stata chiesta la discussione orale, si applica esclusivamente l'art. 4, comma 2, del d.l. n. 28/2020 con tutte le sue previsioni "interne" in tema di discussione orale e di modalità alternative alla discussione orale; in particolare, se venga richiesta la discussione da una sola parte, nulla vieta che l'altra partecipi alla discussione o, "in alternativa alla discussione", presenti note di udienza fino alle ore 9 del giorno di udienza (v. *amplius*, *infra* par. 4.1 e 5);
- b) se nessuno ha chiesto la discussione orale, si applica esclusivamente l'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, e cioè il processo cd. cartolare (*id est*, passaggio in decisione sulla base degli scritti) con termine sino a due giorni liberi dall'udienza per il deposito di brevi note.

Tale soluzione appare maggiormente piana e meno problematica sul versante applicativo. In tal senso depone, non solo il mantenimento in vigore dell'art. 84 cit., ma anche la circostanza che la novella è intervenuta su di esso, estendendo il *dies ad quem* dal 30 giugno al 31 luglio 2020, a riprova che esso è un rito "cartolare" che continua ad applicarsi in assenza di richieste di discussione.

### **4. La richiesta di discussione.**

L'art. 4 del d.l. n. 28/2020 prevede che 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. La disposizione, nel fissare un termine per la richiesta di discussione, in deroga al processo ordinario che, com'è noto, non prevede termini, cerca un contemperamento fra il diritto al contraddittorio orale e le esigenze organizzative e gestionali dell'udienza connesse al carattere virtuale della stessa e alla limitazioni derivanti dalla "interposizione" del mezzo tecnologico. I termini, *more solito*, devono intendersi perentori, tuttavia, proprio la *ratio* che ha indotto il Legislatore a prevederli, e a prevederli come tali (*ratio* che, come cennato, non risiede nel corretto svolgersi

del contraddittorio, quanto nell'esigenza di concreta gestione dell'udienza), è alla base dell'attribuzione di un residuale e generale potere del presidente di disporre, ove necessario, con proprio decreto la discussione della causa con modalità da remoto anche in assenza di istanza di parte. Siffatto potere presidenziale ufficioso tempera l'effetto delle preclusioni legate al decorso del termine, consentendo al presidente del collegio, avuto riguardo alla peculiarità e complessità del caso concreto, di disporre con propria insindacabile valutazione, la discussione, non solo - come previsto dalla norma - ove manchi l'istanza di parte, ma anche, e *a fortiori*, ove quest'ultima sia stata formulata oltre i termini di legge.

L'attribuzione al presidente del potere di decretare la discussione, oltre ad essere espressione di un *favor legislatoris* per l'oralità, costituisce chiave esegetica per dirimere e risolvere ogni dubbio e inconveniente legati ai profili di diritto transitorio o al non perfetto coordinamento tra termini perentori per la richiesta discussione e termini per la fissazione dell'udienza cautelare nel rito *ex art. 120 c.p.a.*

Tra i casi che possono già prospettarsi in ordine ai profili di diritto transitorio v'è, ad esempio, quello in cui, nelle more dell'emanazione delle regole tecnico-operative, le parti, stante anche l'incertezza sui profili temporali della prima applicazione del regime processuale introdotto dalla novella, non abbiano immediatamente percepito che i termini per la richiesta di discussione delle cause "ordinarie" (ossia non abbreviate), in trattazione già il 3 giugno, e per quelle immediatamente successive, sono cominciati a decorrere sin dall'entrata in vigore del d.l. n. 28/2020.

Quanto al rito cautelare, *ex art. 120 c.p.a.* - secondo il quale la trattazione è fissata alla prima udienza camerale calendarizzata nei cinque giorni (termine dimidiato) successivi al deposito del ricorso - è, ad esempio, possibile che l'udienza sia così imminente rispetto al tempo di deposito del ricorso da "bruciare" il termine per la richiesta di discussione a disposizione del resistente e dei controinteressati (non già quello del ricorrente che può ben inserire la domanda di discussione direttamente nel ricorso o nell'istanza di fissazione d'udienza).

In tutti questi casi, supplisce, ove ne ricorrano i presupposti secondo prudente valutazione, il potere del presidente di disporre d'ufficio, con proprio decreto, la discussione.

#### **4.1. Le note d'udienza alternative alla discussione**

La legge prevede che *«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»*.

Si tratta di inedita ed eccezionale misura, alternativa al contraddittorio orale, fruibile dalle parti solo nell'ambito del rito di cui all'art. 4 del d.l. n. 28/2020 e dunque, solo quando le parti, singolarmente o congiuntamente, abbiano chiesto la discussione, o il presidente l'abbia disposta d'ufficio. Il Legislatore ha messo cioè a disposizione delle parti, che per motivi tecnici non possano o non vogliano fruire del collegamento da remoto, un'ulteriore *chance* di trattazione cartolare, anche al fine di disincentivare radicali opposizioni alla discussione orale destinate a "scaricarsi" sulla economicità e celerità del processo.

È tuttavia evidente che le note: a) debbano essere "brevi", ponendosi quale facoltà succedanea all'esposizione orale; b) debbono auspicabilmente essere depositate con anticipo rispetto al giorno dell'udienza, in modo da consentire alle controparti una replica informata; c) a mezzo di esse possano essere svolte tutte le considerazioni generalmente ammesse in udienza (ad esempio, dedurre un profilo in rito non soggetto a termini perché rilevabile d'ufficio).

In ogni caso, ove esse siano depositate il giorno stesso dell'udienza, entro le ore 9.00, come pur previsto dalla legge, rimane comunque il potere del presidente di accordare una postergazione dell'orario di trattazione in modo da consentire l'esame o disporre, allo stesso scopo, un breve rinvio.

#### **5. La richiesta di passaggio in decisione**

La norma in commento scandisce il nuovo e temporaneo regime della discussione orale, ma non manca di aggiungere che le parti *«in alternativa alla discussione»* possono depositare *«richiesta di passaggio in decisione»*, precisando che il difensore che deposita tale richiesta è *«considerato presente a ogni effetto in udienza»*. La

speciale disposizione rispecchia, com'è ragionevole che sia, la dinamica delle ordinarie udienze "in presenza", in cui le parti si accordano, in via preliminare, per non discutere la causa non ravvisando profili che rendano utile o opportuna l'ulteriore trattazione orale, rispetto a quanto già dedotto e argomentato negli scritti. Trattasi di una facoltà (quello di richiedere senz'altro il passaggio in decisione) che dunque permane anche nel nuovo regime della fase emergenziale, ma che a differenza del regime ordinario può essere manifestata anche per iscritto. "Anche" per iscritto perché, evidentemente, nulla vieterebbe alle parti che abbiano già chiesto la discussione, di optare, all'atto del loro collegamento da remoto, per la semplice richiesta orale di passaggio in decisione mediante concorde rinvio alle argomentazioni e conclusioni già rassegnate. Il valore aggiunto della disposizione, che incide non poco sulla economicità del processo e sul risparmio di una risorsa scarsa quale è la rete, è piuttosto quello di legittimare l'esternazione formale di tale volontà attraverso un'alternativa e specifica istanza scritta, singola o congiunta, anteriormente e in alternativa alla discussione. Va da sé che ciascuna delle parti potrebbe anche non presentare alcuna richiesta di passaggio in decisione, né aderire alla richiesta altrui, né, ancora, partecipare all'udienza, con l'unica conseguenza che risulterebbe non presente all'udienza.

## **6. Il problema della mancata fissazione del termine per l'eventuale opposizione alla discussione telematica.**

La disposizione in commento tace sul termine per l'opposizione. La lacuna potrebbe essere colmata solo con un'interpretazione analogica, ma in proposito: a) non può sottacersi che nel diritto processuale amministrativo "ordinario" mancano fattispecie similari sorrette dalla medesima *ratio* da cui possa attingersi per ricavare un esatto termine perentorio; b) più in generale, anche in relazione a una possibile analogia *juris*, il carattere eccezionale delle disposizione processuale è senz'altro ineludibile fattore preclusivo ai sensi dell'art. 14 delle preleggi; c) a tacer d'altro, il consolidamento di un'interpretazione analogica in via giurisprudenziale richiederebbe tempi comunque incompatibili con la breve finestra temporale in cui il rito telematico con discussione da remoto è destinato auspicabilmente a trovare applicazione.

Oltre ad un ovvio richiamo ai principi di lealtà e collaborazione processuale, circa un utilizzo leale e non dilatorio della facoltà di opposizione, normalmente riferibile alle ipotesi di insuperabili impedimenti tecnici o di altre situazioni conseguenti a oggettive difficoltà scaturenti dallo stato emergenziale, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato, contenente le regole tecnico-operative, offre spunti per individuare una soluzione alle difficoltà organizzative e gestionali legate all'assenza del termine di legge, della quale s'è fatto cenno. Il decreto, infatti, prevede che l'istanza di discussione venga comunicata a mezzo pec, a cura della segreteria, alle controparti processuali, "*anche ai fini della formulazione di eventuali opposizioni?*" (art. 2, comma 3, dello schema di decreto). Si tratta di un adempimento - non previsto dalla legge, e attribuito in carico alle segreterie, comportante un non indifferente impegno di queste ultime - che certamente non sostituisce né elide l'onere della parti di consultare il portale telematico, similmente a quanto avviene per tutte le difese, ma che offre il veicolo per avvisare le parti circa l'opportunità di un celere esercizio della facoltà (i tempi saranno individuati dal protocollo di intesa), in mancanza del quale il presidente comunque decide in ordine alla richiesta di discussione, con le modalità di cui si dirà appresso, con implicita riserva di valutare eventuali opposizioni successive, anche direttamente in udienza con provvedimento "messo a verbale".

## **7. La forma del decreto che dispone la discussione**

L'art. 4 cit. prevede espressamente la forma del decreto per il solo caso di udienza disposta "d'ufficio" dal presidente. Tace negli altri casi (domanda congiunta, domanda singola, domanda singola seguita da opposizione).

L'ipotesi della domanda congiunta è di agevole soluzione, per la semplice constatazione che la legge esclude in radice una valutazione («*L'istanza è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite*»). L'accoglimento è diretto effetto della norma, sicché è superflua ogni altra formalità.

A ben vedere la necessità del decreto può anche escludersi per la generale ipotesi di domanda singola di discussione non opposta. Depone in tal senso la lettera della legge a mente della quale il presidente del collegio valuta l'istanza «*anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto*», da intendersi nel senso che la valutazione ha ad oggetto esclusivamente la meritevolezza dell'opposizione. La congiunzione «*anche*» non sottende, infatti, un potere presidenziale di imporre la trattazione sulla base dei soli scritti, pur dinanzi ad una diversa volontà della parte ritualmente manifestata, ma si correla, piuttosto, al generale potere del presidente, comune a tutte le fattispecie (ivi compresa quella della domanda congiunta), di rinviare la trattazione della causa - ovviamente sulla base di valutazioni prudenziali che tengano adeguatamente conto dell'importanza e urgenza del contenzioso - ove, per motivi di ordine tecnico, il numero delle cause da discutere non sia compatibile con i tempi ragionevolmente a disposizione per lo svolgimento di tutte le attività nella giornata d'udienza, anche in considerazione delle peculiarità organizzative e tecniche che caratterizzano la discussione da remoto.

Da quanto sopra discende, sul piano della forma della decisione presidenziale, che, in assenza di opposizione e di eventuali decreti di rinvio, la richiesta di discussione può ben intendersi implicitamente accolta a mezzo dell'invio, a cura delle segreterie, del *link* per il collegamento all'udienza.

Ricapitolando, la forma del decreto è necessaria, a termini di legge, soltanto: a) nel caso della discussione disposta d'ufficio e, b) deve ritenersi, nel caso di opposizione depositata prima dell'invio dell'avviso contenente il *link*.

Nel caso di opposizioni *ad libitum*, invece, il presidente ben potrà decidere, giusta quanto già sopra osservato, “a verbale” direttamente il giorno dell'udienza.

## **8. La “gestione” degli inconvenienti tecnici e i tempi dell'udienza.**

Infine si osserva che la novella non disciplina le conseguenze processuali in caso di discussione da remoto interrotta per motivi tecnici o per insufficienza delle apparecchiature utilizzate.

Appare opportuno lasciare al Collegio l'apprezzamento di tutte queste evenienze. Non bisogna infatti dimenticare che l'art. 127 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo in forza del rinvio di cui all'art. 39 c.p.a., in combinato disposto con l'art. 11 delle disposizioni attuative del c.p.a., prevede che l'udienza è diretta dal presidente del collegio. Il presidente «*può fare o prescrivere quanto occorre affinché la trattazione delle cause avvenga in modo ordinato e proficuo, regola la discussione, determina i punti sui quali essa deve svolgersi e la dichiara chiusa quando la ritiene sufficiente*».

In proposito, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato che detta le regole tecnico-operative reca, in specifica attuazione del disposto dell'art. 4, comma 2, del d.l. n. 28/2020, la disciplina dei tempi massimi della discussione. Siffatta previsione, motivata dalla necessità della gestione razionale dei collegamenti da remoto, non incide sul disposto di legge, sopra riportato, che affida al presidente la dichiarazione di “chiusura della discussione” nel momento in cui essa sia ritenuta “sufficiente”, né fa venire meno la possibilità di concedere repliche, ove necessario, nel rispetto di quel principio di elasticità che ha sempre caratterizzato la discussione e la sua conduzione “in presenza”, sempre che si consideri che il rispetto del tempo massimo regolamentare (comprensivo delle eventuali repliche) è interesse che esula dalla singola causa e dal contraddittorio, per porsi quale fattore di garanzia dell'ordinato svolgimento dell'intera udienza e dei tempi di lavoro di tutti i protagonisti (avvocati, magistrati, personale amministrativo).

È evidente che ove, nonostante il contingentamento dei tempi, il presidente, qualora non si riesca a terminare l'udienza nel corso della giornata, potrà sempre aggiornare la trattazione delle cause residue, vuoi in prosecuzione vuoi disponendo un rinvio della stessa in relazione alle cause che non sia stato possibile discutere.