



IGNAZIO LAGROTTA

«Giusto processo» amministrativo e decreto «Cura Italia»: il principio di oralità alla prova dell'emergenza

Vedi, in questi silenzi in cui le cose
s'abbandonano e sembrano vicine
a tradire il loro ultimo segreto,
talora ci si aspetta
di scoprire uno sbaglio di Natura,
il punto morto del mondo, l'anello che non tiene,
il filo da disbrogliare che finalmente ci metta
nel mezzo di una verità.
Lo sguardo fruga d'intorno,
la mente indaga accorda disunisce
nel profumo che dilaga
quando il giorno più languisce.
Sono i silenzi in cui si vede
in ogni ombra umana che si allontana
qualche disturbata Divinità.
E. MONTALE, *I limoni*.

Sommario: 1. Il processo amministrativo dell'emergenza: evoluzione del quadro normativo e delimitazione del tema d'indagine. – 2. Trattazione orale nell'attuazione e giusto processo amministrativo. – 3. L'elisione della discussione orale nel processo amministrativo dell'emergenza: una rinuncia non tollerabile. – 4. La lettura «conforme a Costituzione» dell'art. 84, comma 5, da parte del Consiglio di Stato (ordinanze del 21 aprile 2020 nn. 2538 e 2539) ed altre soluzioni processuali. – 5. Brevi conclusioni: l'anello che non tiene.

1. Il processo amministrativo dell'emergenza: evoluzione del quadro normativo e delimitazione del tema d'indagine

L'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18¹ e s.m.i., intitolato «nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa»², ha introdotto misure straordinarie, derogatorie delle norme processuali vigenti³, da applicarsi per un periodo temporalmente limitato (si spera) «fino al 31 luglio 2020»⁴.

Tra le misure introdotte «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo»⁵ ha destato un acceso dibattito la soppressione della «discussione orale» sancita, in un primo momento, per tutte le controversie dal «15

¹ Convertito, con modificazioni, con la l. 24 aprile 2020, n. 27 (in vigore dal 30 aprile) e modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (in vigore dal 1° maggio).

² Per un approfondimento si rinvia al focus – Osservatorio Emergenza Covid-19, sul sito federalismi.it ed a quello – Emergenza Coronavirus sul sito di giustizia-amministrativa.it.

³ E. FOLLIERI – A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, WK e Cedam, 2015.

⁴ Così come stabilito da ultimo dall'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28

⁵ Per un'analisi dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 si rinvia da ultimo a M. A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, in lamministrativista.it, 1 maggio 2020; F. VOLPE, *La ulteriore disciplina emergenziale del processo amministrativo*, in LexItalia.it - *Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 5/2020; ed anche alle ampie analisi del testo prima della conversione M. A. SANDULLI, *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*, in federalismi.it, n.



aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020». Previsione che solo da ultimo è stata mitigata con la modifica introdotta dall'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, a mente del quale «a decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale»⁶.

Nello specifico i) dal 15 aprile e fino al 29 maggio tutte le controversie fissate per la trattazione, salva l'ipotesi residuale di rimessione in termini, passano in decisione senza discussione orale; ii) dal 30 maggio al 31 luglio 2020 la discussione da remoto può essere disposta d'ufficio dal presidente del collegio o sempre da quest'ultimo in accoglimento della richiesta di parte, che diventa vincolante se presentata congiuntamente da tutte le parti (art. 84, comma 5⁷).

La disposizione originaria, che sopprimeva del tutto la discussione orale, ha suscitato immediatamente dubbi, pur se analizzata – come è necessario fare – alla luce della situazione di emergenza⁸ che il mondo vive e che è stata dichiarata dalle Organizzazioni internazionali (OMS)⁹ e, tra i tanti, dal Governo Italiano¹⁰. E' apparsa, infatti, non

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

⁶ Per un commento M. A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, cit, l'A. evidenzia da subito che si tratta di una disposizione «di difficile interpretazione» e non priva di insidie.

⁷ L'art. 84, comma 5, nella formulazione introdotta in sede di conversione, l. 24 aprile 2020, n. 27, stabilisce che «Successivamente al 15 aprile 2020 e fino 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». La disposizione va coordinata con le modifiche introdotte dall'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 «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.

⁸ Per una riflessione sulle questioni aperte dall'emergenza si rinvia all'editoriale di B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020 e nella stessa rivista all'Osservatorio Emergenza Covid-19 ed *ivi* in particolare L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19, n. 1/2020.

⁹ Si v. la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020.

¹⁰ Si v. dpcm del 31 gennaio 2020 (in G.U., 1° febbraio 2020, n. 26) - Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili ed è da quel momento che «si diparte la porzione finale della "catena normativa" che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata nel nostro Paese ormai da due mesi» in tal senso si v.



essere informata al principio del minimo mezzo su cui il diritto emergenziale ruota, per il quale i diritti – sia costituzionali sia quelli tutelati dalla norme di rango primario – possono subire eccezionali restrizioni e limitazioni – anche assai pesanti – ma comunque solo nei limiti di necessità.

Tra i diritti (almeno) legali delle persone senza dubbio si iscrive quello di essere difesi in un giudizio amministrativo «anche oralmente», nel corso di una udienza o di una trattazione camerale con l'assistenza degli avvocati di parte, quando tale modalità è prescritta dalla disciplina processuale ordinaria. Com'è, pianamente, nel caso qui in analisi.

Una prima macroscopica distonia emergeva all'interno del provvedimento legislativo originario. Giacché prevedeva, per il medesimo arco temporale, la trattazione con collegamenti da remoto delle cause civili¹¹, penali e di responsabilità contabile, richiedendo – ragionevolmente – modalità «idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti». Tra l'altro in sede di conversione del d.l. 18/2020 la possibilità di discussione orale, seppur su richiesta, era stata estesa, con un emendamento, anche al giudizio pensionistico¹².

Sono state, pertanto, forti ed immediate le voci sollevatesi in difesa del contraddittorio orale¹³ e le preoccupazioni segnalate in ragione del «possibile arretramento che il sistema di giustizia amministrativa rischia(va) di subire rispetto alle altre giurisdizioni»¹⁴. A queste sono seguite alcune prime pronunce che con sensibilità hanno ravvisato in un «processo cartolare coatto» il rischio di un contraddittorio claudicante, elusivo dei principi del giusto processo. D'altronde l'art. 3, comma 5, del d.l. 8 marzo 2020 n. 11 (subito abrogato dall'art. 84, comma 11, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18) aveva inizialmente introdotto l'udienza telematica¹⁵ nel processo amministrativo.

Dall'esame dei decreti-legge che si sono susseguiti con riferimento alla disciplina del processo amministrativo dell'emergenza emerge un dato. Sembrerebbe essersi scongiurato il rischio di rimpiangere «un'occasione perduta»¹⁶,

M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, giurcost.it, 11 aprile 2020; si v. anche F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *costituzionalismi.it*, Fascicolo 1/2020, per il quale «con l'assegnazione ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del compito di stabilire e precisare le misure stabilite nei decreti-legge si sia determinata una sorta di cortocircuito il cui esito è stato quello di esaltare la figura del Primo ministro, non come titolare di un potere di direzione della politica generale del Governo e di coordinamento dell'attività dei ministri, ma più direttamente come titolare di un vero potere di decisione»; per un'analisi ragionata dell'utilizzo dello strumento della decretazione d'urgenza nell'attuale fase emergenziale si rinvia a F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica covid19, decretazione d'urgenza e costituzione materiale*, in *Nomos*, 1-2020 sinteticamente l'A. evidenzia come «la Costituzione materiale già oggi consente tutte le innovazioni parlamentari straordinariamente necessarie e urgenti a fronteggiare l'emergenza epidemiologica Covid19» infatti «vista l'attuale perdurare dell'emergenza epidemiologica Covid19, nonché il susseguirsi di provvedimenti d'urgenza (...) potrebbe oggi essere "vitale" – più che opportuno – far leva sul concetto di elasticità della Costituzione» evitando così il punto di «rottura del Patto costituzionale», in dottrina F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011.

¹¹ D. DALFINO – G. G. POLI, *Emergenza epidemiologica da COVID-19 e Protocolli d'udienza: presente incerto e futuro possibile della trattazione delle controversie civili*, in *foroitaliano/news*, 7 maggio 2020.

¹² Art. 85, comma 5, così come modificato dalla l. di conversione del 24 aprile 2020, n. 27, che dispone «tutte le controversie pensionistiche fissate per la trattazione innanzi al giudice contabile in sede monocratica, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, salva espressa richiesta di una delle parti di discussione orale, da notificare, a cura del richiedente, a tutte le parti costituite e da depositare almeno dieci giorni prima della data di udienza».

¹³ Tanto è emerso nei lavori del webinar del 24 aprile 2020 su «Processo amministrativo e Covid», coordinato da M.A. SANDULLO, con interventi di F. FRANCIOSI, M. LIPARI, L. MARUOTTI, G. MONTEDORO, G. MORBIDELLI, P. PORTALURI, M. RAMAJOLI, C. SALTELLI, S. SANTORO, R. SAVOIA, G. SEVERINI, M. SPASIANO, e il contributo di C. VOLPE, *Pandemia, processo amministrativo e affinità elettive*, in *giustizia-amministrativa.it*, 27 aprile 2020.

¹⁴ In termini S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020.

¹⁵ Sulle prospettive della crisi come possibilità di aprire nuove possibilità si rinvia all'interessante contributo di F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, giurcost.it, 17 aprile 2020.

¹⁶ S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, op. cit., l'A. «muovendo dall'esame decreti-legge che, in occasione dell'emergenza epidemiologica «Covid-19», si sono susseguiti con riferimento alla disciplina del processo amministrativo, il contributo analizza criticamente la scelta normativa di escludere la celebrazione di una vera e propria udienza telematica in seno al D.L. «Cura Italia» n. 18/2020, in contraddizione con l'iniziale previsione dell'istituto nel D.L. n. 11/2020, di poco anteriore. Si evidenzia come il recupero dell'istituto non sia stato considerato neppure nell'ultimo d.l. «Liquidità» n. 23/2020. Il saggio rimarca l'importanza del contraddittorio orale nel processo amministrativo. Si conclude auspicando che il legislatore si orienti a breve per un ripensamento che consenta la celebrazione di una «udienza» propriamente detta anche nella forma, oggi necessitata ma a regime utilissima, del collegamento da remoto tra magistrati del collegio giudicante e difensori delle parti, così come già previsto per il processo



tenuto conto che dal 30 maggio e fino al 31 luglio potranno svolgersi le discussioni orali da remoto, ma resta l'impressione di una forte confusione normativa ed anche dell'eccessiva leggerezza, forse sostenuta da un orientamento culturale, nella decisione di elidere la discussione orale dal processo amministrativo. Una previsione che è apparsa al limite della compatibilità costituzionale sicuramente irragionevole alla luce della circostanza oggi confermata della possibilità di poter disporre un sacrificio inferiore ai diritti tutelati, anche in ragione dell'emergenza, attraverso misure organizzative che consentono la discussione da remoto anche nel processo amministrativo.

2. Trattazione orale nell'attuazione e giusto processo amministrativo.

La soppressione della discussione orale nel processo amministrativo, inizialmente prevista sino al 30 giugno, da ultimo limitata esclusivamente al periodo intercorrente dal 15 aprile al 29 maggio 2020, ha posto nuovamente al centro un tema di riflessione non secondario su tale strumento processuale. Senza pretesa di esaustività è opportuna una prima riflessione sul valore della trattazione orale nel processo amministrativo. I principi afferenti al c.d. «giusto processo»¹⁷ o «equo processo», secondo quanto previsto dall'art. 111 della Costituzione, dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950, si compendiano nel diritto della persona i cui diritti siano stati lesi di fare ricorso ad un giudice terzo, vedendosi garantito il completo contraddittorio e con esso il diritto di essere sentito. L'art. 6 della CEDU sancisce una «equa e pubblica udienza» con un confronto orale; principio al quale, secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, potrebbe derogarsi ma solo previa analisi caso per caso¹⁸. Di qui la non compatibilità di una disciplina che escludesse *tout court* la discussione orale dal processo amministrativo.

civile e contabile»; tutto questo a maggior ragione se si tiene conto che per altre giurisdizioni si v. D. DALFINO – G. G. POLI, *Emergenza epidemiologica da COVID-19 e Protocolli d'udienza: presente incerto e futuro possibile della trattazione delle controversie civili*, cit., è stato correttamente sostenuto come «anche in questo caso può forse trarsi, cautamente, dallo stato d'eccezione qualche buon insegnamento e meditare di conservare la modalità da remoto in alcune specifiche e predeterminate ipotesi: si pensi, solo per fare qualche esempio, ai difensori o alle parti affetti da disabilità o a controversie in cui entrambi i procuratori esercitino *extra districtum*».

¹⁷ E' stato osservato come la formula «giusto processo», introdotta dal novellato art. 111 Cost., a tenor del quale «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», in particolar modo per quanto attiene al processo amministrativo non sembra affatto che abbia introdotto in Costituzione una nozione sostanziale della giustizia e del processo. In effetti dire processo «giusto» ai sensi dell'art. 111 Cost. e processo «legale» parrebbe esattamente la stessa cosa. Purtuttavia, tale formula non è stata usata dalla giurisprudenza casualmente o inconsapevolmente, bensì con l'intenzione dichiarata di trovare una formula riassuntiva che abbracciasse una pluralità di principi costituzionali, si v. M. LUCIANI, *Il «giusto» processo amministrativo e la sentenza amministrativa «giusta»*, Relazione al Convegno «La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi», Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19 – 20 maggio 2017.

¹⁸ Nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia si afferma:

«119. Tuttavia, è vero che l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto (Håkansson e Stureson c. Svezia, 21 febbraio 1990, § 66, serie A n. 171-A) e che l'articolo 6 non esige necessariamente lo svolgimento di una udienza in tutte le procedure, soprattutto nelle cause che non sollevano questioni di credibilità o non suscitano controversie su fatti che rendono necessario un confronto orale, e nell'ambito delle quali i giudici possono pronunciarsi in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo (si vedano, ad esempio, Döry c. Svezia, n. 28394/95, § 37, 12 novembre 2002; Pursiheimo c. Finlandia (dec.), n. 57795/00, 25 novembre 2003; Jussila, sopra citata, § 41; e Suhadolc c. Slovenia (dec.), n. 57655/08, 17 maggio 2011, dove la Corte ha ritenuto che la mancanza di udienza orale e pubblica non creasse alcuna violazione dell'articolo 6 della Convenzione in una causa per eccesso di velocità e di guida in stato di ebbrezza nella quale gli elementi a carico dell'accusato erano stati ottenuti grazie ad alcuni apparecchi tecnici).

(...)

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

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



Con riferimento all'ordinamento italiano è stato osservato che la nozione di giusto processo, così intesa, era già presente in Costituzione¹⁹ anche prima della novella introdotta dalla l. cost. n. 2 del 1999. Il principio del giusto processo, al pari del principio di effettività, configura uno *standard* di tutela giurisdizionale al di sotto del quale l'ordinamento positivo di rango primario non può in alcun caso scendere²⁰. Il processo amministrativo, come espressamente previsto all'art. 2 del c.p.a., «attuа i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione»²¹.

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

La Corte costituzionale nell'affermare «l'importanza degli strumenti difensivi», i quali per il sol fatto di essere «previsti dalla legge processuale, debbono, tutti, poter essere utilizzati dalla parte per far valere le proprie ragioni» ha sottolineato «l'inconsistenza logica e giuridica del tentativo di giustificare» diverse conclusioni «con il preteso, scarso valore – rispetto a quella che si esprime con il ricorso – delle successive attività difensive (“valore meramente complementare”, ad esempio, si attribuisce non di rado alla discussione orale in udienza): tentativo che si risolve nel graduare inammissibilmente l'importanza degli strumenti difensivi» (Corte cost., 18 marzo 2005, n. 109). Se da un lato tale argomentazione ci consente di poter affermare la parità delle armi tra gli strumenti difensivi previsti dalla legge processuale²², che debbono poter essere tutti utilizzati dalla parte per far valere le proprie ragioni, nel contempo non fornisce un sostegno decisivo all'ipotesi di incostituzionalità²³ di una normativa che limitasse la possibilità di discussione orale²⁴ nel processo amministrativo per lesione dei principi del giusto processo, soprattutto

¹⁹ Alcuni precedenti sono, sul punto, illuminanti. Così, a fronte di alcune ordinanze di rimessione che avevano invocato gli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 25, 27, secondo comma, e 101, secondo comma, Cost., la Corte ebbe a ricordare che «I parametri costituzionali che i giudici rimettenti invocano convergono nel configurare quello che, in numerose occasioni, questa Corte ha indicato come il «giusto processo» voluto dalla Costituzione» (20 maggio 1996, n. 155). Con ancor maggiore chiarezza, in un'altra occasione precisò espressamente che quella del giusto processo è la «formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio» (24 marzo 1996, n. 131). Infine, offrendo significative precisazioni anche contenutistiche, affermò che «uguaglianza di trattamento, diritto di difesa, precostituzione del giudice naturale, presunzione di non colpevolezza, terzietà del giudice» sono i principi costituzionali «che delineano il giusto processo» (22 ottobre 1997, n. 311).

²⁰ N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, 95 ss.

²¹ E. FOLLIERI – E. STICCHI DAMIANI – L. PERFETTI – A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, op. cit.

²² S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enciclopedia diritto*, Annali II-1, Milano, 2008, 384, il quale evidenzia come tutti i mezzi processuali concorrono alla realizzazione del giusto processo «nella concreta disciplina processuale amministrativa il contraddittorio, sulla cui fondamentale rilevanza in qualsiasi tipo di processo non è qui il caso di insistere, viene assicurato dal succedersi in sequenza di ricorso, controricorso, memorie scritte, discussione orale».

²³ La Corte costituzionale ha evidenziato più volte che «le modalità della tutela giurisdizionale possono essere regolate dal legislatore in modo non rigorosamente uniforme a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela medesima (sentenze n. 82 del 1996; n. 251 del 1989; n. 38 del 1988; n. 49 del 1979), mentre l'esistenza di una differente tipologia di processi legata alla obiettiva diversità delle situazioni e delle peculiari caratteristiche dei singoli procedimenti, non contrasta con l'art. 24 della Costituzione, non essendovi la necessità di uniformità (sentenza n. 82 del 1996: principio affermato in fattispecie riferita alla procura al difensore e al raffronto tra norme del processo civile e quello amministrativo, ma applicabile anche nell'ambito della medesima giurisdizione nel raffronto tra le diverse tipologie e fasi procedimentali).

(...)

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

²⁴ R. MARENCO, *Udienza (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia diritto*, XVI, Milano, 1992, l'A. evidenzia che «anche dal principio di oralità e dalla sua effettiva applicazione dipende la valorizzazione della funzione dell'udienza nell'ambito del processo: fermo che alcune attività - come abbiamo visto - debbono necessariamente essere compiute in udienza, non v'è dubbio che quest'ultima diventa il "perno" dello



se giustificata in via transitoria e solo per il periodo dell'emergenza. Si tratta di un tema di assoluto rilievo risolvibile in termini di legittimità costituzionale²⁵, ma che può solo adombrarsi nella presente indagine limitata a verificare la compatibilità della normativa emergenziale con nuove forme di organizzazione del processo amministrativo che si sono risolte nel sacrificare temporaneamente la discussione orale incidendo sugli strumenti difensivi a disposizione delle parti.

3. L'elisione della discussione orale nel processo amministrativo dell'emergenza: una rinuncia non tollerabile

Il processo amministrativo²⁶ è un processo (ad istanza) di parte o come è stato anche definito «accusatorio»²⁷: pertanto diventa difficile ammettere che la disponibilità e l'accertamento del fatto possano essere riservati al solo soggetto pubblico²⁸. È un processo caratterizzato da una fase istruttoria²⁹ snella che si realizza, salvo limitate ipotesi, attraverso la libera produzione documentale delle parti e di quella intimata in particolar modo (art. 46, comma 2, c.p.a.); tanto da essere definito a ragione un processo essenzialmente «documentale» senza sminuire, però, la rilevanza dell'apporto del difensore nella discussione orale.

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

Nel processo amministrativo, il termine di costituzione delle parti intimata, stabilito dall'art. 46 c.p.a., non ha carattere perentorio, essendo ammissibile la costituzione della parte sino all'udienza di discussione del ricorso³⁰. Tuttavia, nel caso di costituzione tardiva, la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, documenti e repliche ove siano decorsi i termini di cui al precedente art. 73 comma 1,

svolgimento del processo, non solo nella fase istruttoria, ma anche nella trattazione, soprattutto se esso sia informato al canone dell'oralità; sul tema, valorizza il principio di oralità, F. CINTOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2015, II, 507 ss.

²⁵ Si v. anche S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, op. cit., il quale evidenzia come «l'estromissione acritica ed indiscriminata dell'avvocato da ogni forma di confronto verbale con i giudici è frutto di una valutazione governativa ben poco ponderata».

²⁶ F. BENVENUTI, *Processo Amministrativo. A) Ragioni e struttura*, in *Enciclopedia diritto*, VI, Milano, 1987, 454 ss..

²⁷ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 855; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.

²⁸ Il processo ha per oggetto non solo il provvedimento, ma il rapporto giuridico controverso, nel quale rilevano tutte le circostanze di fatto. Il giudizio mira ad accertare la violazione di regole complesse, quali i parametri normativi riguardanti l'eccesso di potere. Nella giurisdizione esclusiva e nel nuovo giudizio in materia di risarcimento del danno, poi, assume rilevanza l'accertamento e la valutazione dei comportamenti posti in essere dalle pubbliche amministrazioni, M. LIPARI, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in www.siaaitalia.it.

²⁹ L. PERFETTI, *L'istruttoria nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in E. FOLLIERI – E. STICCHI DAMIANI – L. PERFETTI – A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, op. cit., 43-77; L. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enciclopedia diritto*, Annali II-1, Milano, 2008, 917-946; M. LIPARI, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in www.siaaitalia.it. L'A. evidenzia come la disciplina in materia presenta alcune differenze rispetto al giudizio civile. Esse derivano dalla rilevanza dell'interesse pubblico e dalla correlata posizione di debolezza della parte privata, che non ha la disponibilità immediata degli elementi istruttori formati dall'amministrazione. Il principio costituzionale della parità delle parti e del giusto processo, sancito dal nuovo articolo 111 della Costituzione, esige un pieno equilibrio tra l'eguaglianza formale dei soggetti del giudizio e l'effettività della tutela del diritto di difesa. In mancanza di una puntuale regola generale, riferita al processo amministrativo e all'atto amministrativo nella sua dimensione sostanziale, si profilano due alternative radicali. La prima ipotizza una puntuale applicazione della regola dell'onere della prova, sancita dall'articolo 2697 del codice civile. L'altra opinione, invece, ritiene operante il principio inquisitorio, in forza del quale il giudice ricerca anche di ufficio la «verità» dei fatti. La giurisprudenza amministrativa ha elaborato un principio collocato a metà strada fra le due regole. Si tratta della teoria del «principio dispositivo con metodo acquisitivo», in dottrina attentamente sviluppata da F. BENVENUTI. In capo al ricorrente privato sussiste solo un circoscritto onere del principio di prova: assolto questo onere, l'adempimento riguardante la completa dimostrazione dei fatti controversi è posto a carico della PA (L. MIGLIORINI). La sintesi della regola è ben scolpita dalla seguente massima: «Nel processo amministrativo il ricorrente non è tenuto a fornire la prova completa dei profili in fatto delle proprie doglianze, essendo sufficiente che all'uopo adduca elementi di seria consistenza e potendo e dovendo sopperire, alle eventuali manchevolezze, l'organo giudicante, attraverso l'esercizio dei poteri istruttori di cui all'art. 44 del R.D. n. 1054 del 1924.

³⁰ In tal senso si v. adunanza plenaria n. 5 del 25 febbraio 2013 commentata da G. URBANO, *La costituzione orale delle parti intimata*, in E. FOLLIERI – A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, op. cit., 919 ss.



c.p.a., con la conseguenza che, in tale ipotesi, la costituzione è ammessa nei limiti delle difese orali, dovendo il giudice ritenere non utilizzabili ai fini del decidere le memorie ed i documenti depositati tardivamente. Il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza³¹.

Il tema della discussione orale della causa, che nel processo amministrativo potrebbe declinarsi come il diritto della parte ad essere sentita, in ragione anche dell'assenza dell'interrogatorio formale, si interseca con il principio del contraddittorio che, a ben vedere, costituisce una direttiva indirizzata non soltanto al legislatore ma anche al giudice che gestisce l'udienza di trattazione nella quale le parti possono discutere (seppur) sinteticamente (art. 73, comma 2, c.p.a.). Sotto tale profilo è stato correttamente affermato che è essenziale che il legislatore «disciplini i termini processuali, le forme di notificazione, comunicazione e deposito degli atti, la fase introduttiva, cautelare, istruttoria, estintiva e decisoria del giudizio di primo e secondo grado ed ogni altro istituto processuale in maniera da permettere a tutte le parti di contribuire effettivamente, con le proprie memorie o deduzioni orali, alla formazione del convincimento del giudice»³².

Il mosaico normativo introdotto dalla disciplina dell'emergenza in materia di processo amministrativo è molto farraginoso³³. La scelta, in un limitatissimo arco temporale di tempo, di prevedere tre regimi differenziati è apparsa un'inutile complicazione. Allo stesso modo l'introduzione di deroghe al sistema processuale vigente, nuovi termini dimezzati a difesa, facoltà di presentare atipiche *brevi note*³⁴ e tutte le ulteriori opzioni non convincono³⁵.

Anche se aspetti di carattere più generale possono essere ricondotti alla discrezionalità del legislatore di prevedere le soluzioni ritenute più opportune per far fronte all'emergenza, il dibattito scaturito a seguito del d.l. 18/2020 in merito alla soppressione della discussione orale, le prime pronunce intervenute sul tema e da ultimo la decisione con

³¹ T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 20 aprile 2016, n. 245, «nel processo amministrativo, il termine di costituzione delle parti intimata, stabilito dall'art. 46 c.p.a., non ha carattere perentorio, essendo ammissibile la costituzione della parte sino all'udienza di discussione del ricorso. Tuttavia, nel caso di costituzione tardiva, la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, documenti e repliche ove siano decorsi i termini di cui al precedente art. 73 comma 1, c.p.a., con la conseguenza che, in tale ipotesi, la costituzione è ammessa nei limiti delle difese orali, dovendo il giudice ritenere non utilizzabili ai fini del decidere le memorie ed i documenti depositati tardivamente. Il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza. Ciò, a garanzia dei principi costituzionalmente garantiti del diritto alla difesa e del giusto processo (articoli 24 e 111 della Costituzione), recepiti dall'art. 2 c.p.a., che sancisce la necessità del rispetto, nel processo amministrativo, del principio del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, al fine di consentire alla ricorrente di esercitare il proprio diritto di difesa avverso eventuali eccezioni, questioni in rito o di legittimità costituzionale, che la parte intimata costituita tardivamente potrebbe sollevare soltanto nell'udienza di discussione, senza perciò che la ricorrente abbia potuto conoscerle, e potuto quindi controdedurre adeguatamente».

³² F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del Processo Amministrativo*, Dike, 2016, p. 35 ss.; P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, op. cit., l'A. evidenzia come alla luce dei suesposti dettami, sembra potersi affermare che la presentazione delle "brevi note" ascritte alla "facoltà" delle parti costituite determini una diversa conseguenza, a seconda che si verta:

³³ Si rinvia ai contributi da già citati nelle precedenti note e da ultimo a R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 16 aprile 2020; M. A. SANDULLI, *Riflessioni "costruttive" a margine dell'art. 36, co. 3, d.l. n. 23 del 2020. Proposta per una possibile soluzione per contemperare il diritto al "pieno" contraddittorio difensivo con le esigenze organizzative nei giudizi amministrativi*, in *giustizia-amministrativa.it*, 10 aprile 2020.

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

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

³⁵ Secondo l'articolazione dei predetti commi 2 e 5, le predette "brevi note" non sostituiscano (né possano sostituire), in ogni caso, le memorie e le repliche previste dall'art. 73, comma 1, c.p.a., atteso che le parti costituite possono pacificamente decidere di non avvalersene (essendo, appunto, una loro "facoltà") Non è superfluo considerare, in proposito, che, trattandosi di una spettanza, appunto, concessa specificamente alle "parti costituite", l'istanza può essere avanzata, in tesi, anche dal solo ricorrente, laddove gli intimati non abbiano provveduto a tale preliminare incombenza, P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, op. cit.



un nuovo d.l. 28/2020 di introdurre la discussione da remoto, seppur a partire dal 30 maggio 2020, testimoniano che l'auspicio per una migliore ponderazione degli interessi in gioco fosse corretto.

L'art. 84, comma 5, del d.l. 18/2020, come convertito dalla l. 27/2020 nello stabilire, «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo» che «tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale», seppur oggi limitata al periodo dal 15 aprile al 29 maggio 2020, comprime l'esercizio dei diritti di difesa ed i poteri del giudice.

In primo luogo, incide sulla possibilità delle parti, che si dovessero costituire direttamente in udienza, di svolgere le sole difese possibili, e cioè quelle orali, attesa l'assenza della discussione. In una tale evenienza, seppur residuale il collegio non potrà che rinviare l'udienza di trattazione ad una data successiva al 29 maggio 2020 onde poter consentire la difesa orale. Questa appare l'unica soluzione compatibile con i diritti delle parti e con i principi del giusto processo.

Inoltre, nel processo amministrativo sono ammissibili le eccezioni, non rilevabili d'ufficio, anche se sollevate in sede di discussione, atteso che il codice non prevede un sistema di preclusioni e decadenze nel giudizio di primo grado analogo a quello vigente nel processo civile, ai sensi dell'art. 167, comma 2 del codice di procedura civile³⁶.

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

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

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

La discrezionalità giudiziaria, ergo, ha come limite garantistico il contraddittorio tra le parti, e per questo motivo «costituisce violazione del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 73 comma 3, del c.p.a.) avere posto a fondamento di una sentenza una questione rilevata d'ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l'assegnazione di un termine alle parti per controdedurre. Il giudice di appello deve annullare la sentenza e rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 comma 1, del c.p.a. perché il principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), si pone come garanzia di partecipazione effettiva delle parti e del loro diritto d'influire concretamente sullo svolgimento del processo e d'interloquire sull'oggetto nonché di prendere posizione in ordine a qualsiasi questione, di fatto o di diritto, pregiudiziale di rito o di merito, la cui risoluzione sia influente ai fini della decisione»³⁷.

La mancata celebrazione dell'udienza pubblica³⁸ e della discussione orale, anche in camera di consiglio, soprattutto se il collegio dovesse adottare la decisione in forma semplificata (art. 60 c.p.a.), determina un ulteriore potenziale incidente nel processo amministrativo oltre che lesione dei cardini del «giusto processo amministrativo».

³⁶ T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 gennaio 2019, n. 45, «sono ammissibili le eccezioni, non rilevabili d'ufficio, anche se sollevate in sede di discussione, atteso che il codice del processo amministrativo non prevede un sistema di preclusioni e decadenze nel giudizio di primo grado analogo a quello vigente nel processo civile, ai sensi dell'art. 167, comma 2 del codice di procedura civile (mentre il divieto è applicabile se l'eccezione è sollevata per la prima volta in appello). Infatti, i termini per la costituzione in giudizio delle parti intimare non sono perentori, e quando il legislatore ha inteso sanzionare il mancato rispetto di questi (e di altri termini) con la decadenza lo ha fatto espressamente. Le esigenze connesse al diritto di difesa delle altre parti rispetto ad eccezioni svolte per la prima volta all'udienza di discussione sono in ogni caso salvaguardate attraverso il potere di rinvio della discussione, per cui il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza per consentirne la valutazione a garanzia del contraddittorio sostanziale».

³⁷ In termini Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 15 giugno 2018, n. 354 e Consiglio di Stato sez. V, 1° agosto 2017, n. 3829 che, ritenendo l'informazione riguardo la questione rilevata d'ufficio necessaria e causa di procedibilità, afferma «deve essere annullata con rinvio al giudice di primo grado la sentenza emessa in violazione del principio del contraddittorio essendo necessario che, sin dal primo grado del giudizio, sia osservato tale fondamentale principio processuale, quale esigenza immanente alla garanzia costituzionale del giusto processo, dando possibilità alle parti di interloquire sull'oggetto del giudizio sin dal primo grado».

³⁸ La Corte costituzionale nella sentenza dell'11 marzo 2011, n. 80, esprimendosi in merito al giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, ha evidenziato che «i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla corte



Il giudice, infatti, nell'ipotesi di questioni rilevabili d'ufficio non potrà che rinviare l'udienza ad una data successiva al 29 maggio 2020 quando verrà reintrodotta la discussione seppur da remoto.

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

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

Infine, il ruolo della discussione orale appare fondamentale in camera di consiglio nei procedimenti ove vengono trattate le misure cautelari. La tutela cautelare è da sempre uno snodo fondamentale del processo amministrativo, sia per le ragioni che caratterizzano tutti i processi (il pericolo che la durata del giudizio pregiudichi la *res controversa*), sia per la peculiarità del processo amministrativo, che avendo ad oggetto provvedimenti dell'amministrazione pubblica esige un potere giurisdizionale capace di inibirne gli effetti nelle more del giudizio. Come correttamente affermato³⁹ l'avvento del codice del processo amministrativo ha determinato un incremento delle pronunzie cautelari ammissibili, in uno sviluppo coerente dell'ordinamento, «il giudice amministrativo deve dunque emettere le misure cautelari che gli appaiono, secondo le circostanze, «più idonee» ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso. Misure “innominate”, secondo gli auspici della dottrina e le tendenze ormai consolidate in giurisprudenza, l'anticipata diviene così imprevedibilità della misura cautelare di fronte alla variabilità delle fattispecie portate in giudizio».

In quest'ottica se «la tutela cautelare esige, e ha concretamente ottenuto, forme, contenuti, tempi non prefissati tipicamente, così da potersi adeguare concretamente alle diverse esigenze fatte valere in giudizio»⁴⁰, appare evidente come la discussione orale diventa baricentrica per la ricerca del punto di equilibrio a beneficio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Ne consegue che l'esigenza di decidere *tout court* tutte le controversie fissate per la trattazione, senza discussione, appare non essere stata ben calibrata, sia alla luce della poco chiara esigenza di decidere indiscriminatamente tutte le controversie sia in ragione della possibilità di poter garantire la discussione tramite opportuni mezzi telematici⁴¹. La

di cassazione (ex plurimis, sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia; Grande Camera, sentenza 18 ottobre 2006, Hermi contro Italia; sentenza 8 febbraio 2005, Miller contro Svezia; sentenza 25 luglio 2000, Tierce e altri contro San Marino; sentenza 27 marzo 1998, K.D.B. contro Paesi Bassi; sentenza 29 ottobre 1991, Helmers contro Svezia; sentenza 26 maggio 1988, Ekbatani contro Svezia). La valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza – uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia – si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative».

³⁹ Si v. V. DOMENICHELLI, *Il nuovo ruolo dell'udienza cautelare*, in *amministrativistiveneti.it*, «L'insofferenza della dottrina si era manifestata nei confronti di forme cautelari “tipiche” (o della forma cautelare tipica della sospensione), auspicando forme “atipiche” che avrebbero garantito una tutela più piena, ma che si scontravano, ovviamente, con la legalità del potere amministrativo, la tipicità e nominatività dei provvedimenti».

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

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

⁴⁰ V. DOMENICHELLI, *Il nuovo ruolo dell'udienza cautelare*, op. cit..

⁴¹ Possibilità che, come evidenzia, F. PATRONI GRIFFI, *Direttiva Presidente del Consiglio di Stato*, op. cit., al punto 4.3 «è possibile dall'8 marzo al 15 aprile, per i procedimenti “promossi o pendenti”»:



possibilità, da ultimo, introdotta dall'art. 4 del d.l. 28 del 30 aprile 2020 di chiedere la discussione da remoto a partire dal 30 maggio e sino al 31 luglio 2020, conferma tutti i dubbi rappresentati in merito alla previsione di un processo amministrativo esclusivamente cartolare.

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

Il risultato di non aver fermato la macchina del processo amministrativo in questo momento cruciale per il Paese, in astratto condivisibile, non persuade in quanto sganciando le parti e gli avvocati dal processo amministrativo la soluzione si è rilevata alla fine oltre che ingiusta ed illegittima anche potenzialmente inefficace. A questo peccato originale la normativa dell'emergenza ha cercato di porre tardivamente e parzialmente rimedio con il decreto correttivo da ultimo adottato che ha introdotto, come è stato affermato, un'oralità «condizionata»⁴².

4. La lettura «conforme a Costituzione» dell'art. 84, comma 5, da parte del Consiglio di Stato (ordinanze del 21 aprile 2020 nn. 2528 e 2539) ed altre soluzioni processuali nel contesto vigente al 30 aprile 2020 (applicabile per tutte le controversie fissate per la trattazione sino al 29 maggio 2020).

Nel contesto processuale vigente al 30 aprile 2020, oggi limitato al tutte le controversie fissate per la trattazione sino al 29 maggio 2020, si segnalano di particolare interesse alcune pronunce che hanno fatto emergere il punto di tensione della normativa processuale dell'emergenza con i principi del giusto processo e del diritto di difesa.

Tra queste spiccano le ordinanze della VI Sezione del Consiglio di Stato del 21 aprile 2020 nn. 2538 e 2539 che si sono occupate dell'art. 84, comma 5, del d.l. 18/2020 fornendone un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

L'iter motivazione, pur premettendo che «il processo amministrativo, a differenza del processo penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso “forte” (ovvero, sia nella formazione della prova, sia come diritto dell'accusato di confrontarsi “de visu” con l'accusatore), 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», affonda le radici nei principi costituzionali del giusto processo, ex art. 111, comma 2, della Costituzione nonché in quelli derivanti da un'interpretazione evolutiva dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU. Tali principi portano l'estensore ad affermare che «il diritto di ottenere dal giudice una tutela adeguata ed effettiva della situazione sostanziale azionata – non può che contenere anche la garanzia procedurale dell'interlocuzione diretta con il giudice».

Non meno importante appare il riferimento ai risvolti connessi all'assenza di una pubblica udienza e la conseguente affermazione dei rischi di un processo cartolare «coatto» che connoterebbe il rito emergenziale con «l'imposizione dell'assenza forzata, non solo del pubblico, ma anche dei difensori (...) in termini di giustizia “segreta”, refrattaria ad ogni forma di controllo pubblico».

L'assenza di discussione orale, infatti, oltre che sul ruolo dell'avvocato si riverbera anche sulla “pubblica udienza” (la Corte cost. ha ritenuto che la regola della pubblicità delle udienze sia caratteristica degli ordinamenti democratici sentenze nn. 50/1989 e 212/1986) e quindi sulla configurazione di una procedura segreta, sottratta al controllo pubblico, come tale incompatibile con i dettami dell'art. 6 CEDU. Le udienze nel processo amministrativo, infatti, sono pubbliche a pena di nullità, salva espressa previsione di legge di udienza camerale. L'art. 87 c.p.a. configura, tra

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

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

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

⁴² M. A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità “condizionata” del processo amministrativo*, cit.



le ipotesi di deroga, la possibilità di svolgerle le udienze a «porte chiuse» per motivi di sicurezza nazionale purtuttavia ciò non toglie che in tali casi l'udienza si svolge sempre con la partecipazione degli avvocati.

Sulla forza di tali condivisibili argomentazioni i giudici di Palazzo Spada affermano conclusivamente che «l'art. 84, comma 5, del decreto legge n. 18 del 2020, va interpretato nel senso che: ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando 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”)».

Questo in quanto «il contraddittorio cartolare «coatto» – cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, pur di potersi confrontare direttamente con il proprio giudice – non appare una soluzione ermeneutica compatibile con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice comune ha sempre l'onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione».

Il Consiglio di Stato, pertanto, pur non ritenendo indefettibile nel processo amministrativo la previsione della discussione orale, ha dato una lettura dell'imposizione normativa di una decisione senza discussione orale nel regime dell'emergenza non compatibile con i principi costituzionali del giusto processo e con la norma convenzionale di cui all'art. 6, paragrafo 1, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti.

La soluzione adottata è stata quella di disporre un rinvio della trattazione ad una data successiva al termine emergenziale non senza operare, però, un bilanciamento in concreto rispetto alla necessità di decidere la controversia. Sinteticamente l'interpretazione costituzionalmente orientata⁴³ ha consentito al collegio, ritenuta l'insussistenza di ragioni d'urgenza, di poter salvaguardare il diritto di difesa orale rinviando la trattazione. Soluzione apprezzabile che però potrebbe essere insufficiente a tutelare i diritti incisi dalla disposizione normativa proprio nei casi in cui dovesse essere ritenuta indefettibile una decisione, che inevitabilmente verrebbe ad essere adottata in assenza di un contraddittorio pieno.

Con decisione coeva, ordinanza del 21 aprile 2020, n. 4082, il TAR Lazio, Sez. ter quater, premettendo che l'assenza della discussione costituisce una «compressione della difesa della parte», ha fatto leva anche sulla lesione «della facoltà del tribunale di giungere alla decisione cognita causa». In tal senso la pretermissione ex lege della discussione orale lede il principio del contraddittorio «che trova la sua massima espressione nell'istituto di cui all'art.73 comma 3, introdotto nel codice del processo per la prima volta, volto a evitare una decisione sulla quale le parti processuali non abbiano avuto modo di sviluppare le proprie difese».

Il collegio, pertanto, con un'ordinanza interlocutoria, ha assegnato alle parti un termine per presentare memorie relative alle questioni indicate nella motivazione dell'ordinanza e sulle quali il collegio non aveva potuto interloquire con le parti ciò anche al fine di «consentire una piena e puntuale difesa». In questo caso la soluzione prospettata lascia sullo sfondo la questione di costituzionalità e si appoggia sull'esigenza di una decisione piena anche qui rimessa alla sensibilità dell'organo giudicante.

Con un'argomentazione differente ma sempre orientata al principio di «massima esplicazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost.» appare significativa anche la decisione della III Sezione del TAR Lazio del 22 aprile 2020 n. 3320. In tale occasione il collegio, dopo aver anticipato la decisione in forma semplificata omissivo ogni avviso, ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 18/2020, ha rinviato la trattazione all'udienza di merito ad una data successiva al

⁴³ Per una prima lettura ed un commento alle due ordinanze si rinvia a A. D'URBANO – 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, Osservatorio emergenza covid-19 paper* – 29 aprile 2020; sulla stessa rivista per una riflessione critica I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità (a margine delle ordinanze del C.d.S. del 21 aprile 2020, Sez. VI, nn. 2538 e 2539/2020)*, in corso di pubblicazione.



periodo dell'emergenza facendo così prevalere la possibilità delle parti di poter trattare la controversia anche oralmente.

Le pronunce appena citate, frutto della sensibilità giuridica dei giudici amministrativi, per percorsi differenti giungono al consolidamento di una prospettiva di necessità, almeno in alcuni casi, della discussione orale nel processo amministrativo. Fanno emergere in maniera plastica la tensione tra tutela dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini (art. 24 Cost.), l'esercizio del potere ed i principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) che si inverano anche attraverso lo scrutinio giurisdizionale non a caso previsto dall'art. 103 Cost.. Un primo approdo, corroborato dalla parità degli strumenti difensivi a disposizione delle parti (Corte cost., 18 marzo 2005, n. 109), può consentirci di ritenere necessaria l'interlocuzione che la discussione orale consente nelle controversie sottoposte alla giurisdizione del G.A.. In ossequio al principio del pieno contraddittorio, per il rispetto del diritto di difesa e per consentire al giudice di poter cogliere tutti gli aspetti indispensabili per assumere la decisione.

Il limite della normativa dell'emergenza è palese in quanto la rigidità della disposizione introdotta ha costretto i giudici aditi a dover cercare delle vie di fuga dalla decisione per poter garantire i diritti di difesa.

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

Alla luce della riflessione svolta la previsione di sacrificare la discussione orale nelle cause amministrative sull'altare dell'emergenza appare non necessaria⁴⁴. E' indubbio che soppressione della «discussione orale» incida sul diritto di difesa e sull'esercizio pieno del mandato difensivo da parte dell'avvocato e, quindi, deve essere giustificabile secondo un canone di proporzionalità. Astrattamente tale sacrificio potrebbe essere ritenuto compatibile con i principi costituzionali nel regime dell'emergenza ma andrebbe operato un bilanciamento secondo il canone della ragionevolezza come insegna la Corte costituzionale. Nell'emergenza, che per definizione introduce un regime derogatorio della disciplina ordinaria, il sacrificio deve essere il minimo possibile soprattutto in termini di diritti costituzionali e legali, tra i quali vi è sicuramente anche quello tutelato dalla previsione della discussione orale della causa.

Le ragioni a giustificazione delle misure d'emergenza adottate in un primo momento sono state individuate nell'esigenza prioritaria di non fermare il sistema di giustizia amministrativa⁴⁵ e nella difficoltà di consentire, in sicurezza, la discussione con strumenti telematici⁴⁶.

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

Si tratta tuttavia di un sacrificio:

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

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

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

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

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

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



Astrattamente il primo aspetto potrebbe valere per le misure cautelari⁴⁷ per le quali tra l'altro nel regime monocratico residua sempre la possibilità di audizioni informali ex art. 56, comma 3, c.p.a.; ma non certo per le cause da definire nel merito che avrebbero potuto subire anche un breve slittamento salvo diverso avviso delle parti costituite.

Una soluzione «mite» poteva essere proprio quella individuata al comma 2 dell'art. 84, che passava da un coinvolgimento delle parti che con un'istanza congiunta, rinunciando ai termini a difesa, potevano chiedere di introitare la causa per la decisione senza discussione. Tale soluzione, pur non facendo venir meno alcune delle altre perplessità evidenziate, quantomeno avrebbe avuto il merito di riespandere le facoltà processuali delle parti che appaiono irragionevolmente ed indistintamente comprese nel regime prima previsto sino al 30 giugno, oggi anticipato al 29 maggio 2020.

Inoltre, la valorizzazione dell'udienza telematica⁴⁸ su richiesta, già prevista in un primo momento (ci si riferisce all'art. 3, comma 5, del d.l. n. 11 del 2020), avrebbe generato sicuramente un assetto più soddisfacente.

Anche il secondo aspetto non convince.

Il sacrificio della «discussione orale» conclamava irragionevolmente l'impossibilità per un plesso dello Stato – quello di giustizia amministrativa – di organizzare una trattazione a distanza⁴⁹. Anche se ciò appariva strano atteso che l'art. 84, comma 6, prevede che «il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamento da remoto».

La rinuncia alla discussione orale risultava vieppiù eccessiva se parametrata ad «esigenze organizzative» che, tra l'altro, non sono apparse all'evidenza indefettibili. Che non fossero indefettibili lo dimostrava il fatto che altri plessi di giustizia⁵⁰ da subito si erano organizzati con mezzi tecnologici. Invero tutti i settori della pubblica amministrazione, in questa triste vicenda, sono stati coinvolti in quella che è stata definita complessivamente «una rivoluzione possibile»⁵¹.

⁴⁷ M. A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, op. cit..

⁴⁸ Si v. anche S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, op. cit., secondo il quale anche nell'assetto previgente «potrebbe teoricamente ritenersi che l'opzione in favore dell'udienza telematica, pur non considerata in termini espliciti, rimanga comunque accessibile».

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

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

⁵¹ Vorrei fissare l'attenzione, in particolare, sull'articolo 87 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18. In esso si dà la condizione di un inedito processo di dislocazione del lavoro dalla presenza alla distanza. Si dice *smart working*, o lavoro agile. Sino a considerare questa nuova forma di lavoro la



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

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

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

Il punto di equilibrio nell'emergenza è quello di trovare la soluzione più efficiente con il minor sacrificio possibile rispetto alla disciplina ordinaria.

La regola originaria introdotta nel processo amministrativo dell'emergenza di radicale elisione della discussione orale è apparsa subito «l'anello che non tiene»⁵³, «la maglia rotta nella rete», irragionevole e sproporzionata, perché in realtà la difesa orale è un valore per l'attuazione del pieno contraddittorio⁵⁴ (forse indispensabile) certamente assai utile per assicurare un'adeguata e completa tutela.

La correzione normativa, intervenuta con l'art. 4 del d.l. del 30 aprile 2020 n. 28, ripristinando un'oralità «condizionata»⁵⁵ (a partire solo dal 30 maggio e fino al 31 luglio), seppur non pienamente soddisfattiva, ha il merito di «saldare la rete», chiudere una falla che rischiava pericolosamente di minare alle fondamenta il giusto processo amministrativo.

Abstract

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

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

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

“modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa”. Le circostanze si stanno incaricando di dimostrare come il rispetto del lavoro non sia in contraddizione con l'innovazione nell'organizzazione del lavoro.

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

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

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

⁵⁵ Per utilizzare la felice espressione di M. A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità “condizionata” del processo amministrativo*, cit.



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

The issued art 4 of Decree-Law no. 28 of 30 April 2020 restores a “conditioned” oral argument which, although is not fully satisfying, allows to “weld the network” closing the dangerous flaw that could affect the fairness of administrative proceedings.

Abstract

Il contributo, prendendo spunto dall’art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che introduce «nuove misure urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa, analizza criticamente la scelta normativa di escludere la «discussione orale» dal processo amministrativo. Si conclude evidenziando che nell’emergenza, che per definizione introduce un regime derogatorio della disciplina ordinaria, il sacrificio deve essere il minimo possibile soprattutto in termini di diritti costituzionali e legali, tra i quali vi è sicuramente anche quello della discussione orale della causa. La regola introdotta in materia di giustizia amministrativa di radicale elisione della discussione orale, pur nel regime emergenziale, appare irragionevole e sproporzionata, perché in realtà la difesa orale è un valore per l’attuazione del pieno contraddittorio nel processo amministrativo (forse indispensabile) certamente assai utile per assicurare una adeguata tutela. La correzione normativa, intervenuta con l’art. 4 del d.l. del 30 aprile 2020 n. 28, ripristinando un’oralità «condizionata», seppur non pienamente soddisfattiva, ha il merito di «saldare la rete», chiudere la falla che rischiava pericolosamente di minare alle fondamenta il giusto processo amministrativo.