

OSSERVATORIO EMERGENZA COVID-19
PAPER – 13 MAGGIO 2020

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)

di Ignazio Lagrotta

Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

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)

di Ignazio Lagrotta

Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Sommario: 1. Il decreto «Cura Italia» n. 18/2020 e le disposizioni in materia di giustizia amministrativa: il sacrificio della discussione orale 2. La lettura «conforme a Costituzione» dell'art. 84, comma 5, da parte del Consiglio di Stato 3. Un'interessante operazione ricostruttiva e le possibili obiezioni ad essa 4. Una diversa opzione interpretativa: l'abuso del diritto dell'emergenza.

1. Il decreto «Cura Italia» n. 18/2020 e le disposizioni in materia di giustizia amministrativa: il sacrificio della discussione orale

La situazione di emergenza internazionale¹ dichiarata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità² e dal governo Italiano il 31 gennaio 2020³ ha determinato l'adozione a pioggia di una serie di provvedimenti d'urgenza per far fronte alla conclamata epidemia.

Tra i provvedimenti d'urgenza il c.d. decreto «Cura Italia», del 17 marzo 2020 n. 18⁴, all'art. 84 si è occupato di disegnare il processo amministrativo ai «tempi della pandemia»⁵.

* Paper valutato dalla Direzione.

¹ Per una riflessione sulle questioni aperte dall'emergenza si v. l'editoriale di B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020; per un'analisi del sistema delle fonti e le tensioni costituzionali dell'emergenza M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *consultaonline.it*, 11 aprile 2020; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *costituzionalismi.it*, Fascicolo 1/20; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *costituzionalismi.it*, Fascicolo 1/20; per un'analisi comparata L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19, n. 1/2020.

² Si v. la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020.

³ Si v. d.p.c.m. del 31 gennaio 2020 (in G.U., 1° febbraio 2020, n. 26) - Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili ed è da quel momento che si diparte la porzione finale della «catena normativa» che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata nel nostro Paese ormai da due mesi, in tal senso si v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit..

⁴ Convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 (in vigore dal 30 aprile) e successivamente modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (in vigore dal 1° maggio 2020).

⁵ R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 Paper - 15 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.

Il mosaico normativo innestato dalla disciplina dell'emergenza è apparso alquanto farraginoso⁶ anche in ragione della scelta, in un limitatissimo arco temporale di tempo, di ben tre regimi differenziati.

L'introduzione di deroghe al sistema processuale vigente, nuovi termini dimezzati a difesa, facoltà di presentare atipiche «brevi note»⁷ e tutte le ulteriori opzioni hanno immediatamente suscitato diverse perplessità.

Tra le disposizioni introdotte nell'attuale regime emergenziale, vi è quella di cui al 5° comma dell'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 che ha inizialmente previsto la soppressione della «discussione orale» per tutte le controversie dal «15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020». Tale previsione è stata da ultimo mitigata con la modifica introdotta dall'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, a mente della quale «a decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale»⁸.

In conseguenza di ciò è stato previsto che (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 5⁹).

⁶ Per una prima analisi dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo si v. M. A. SANDULLI, *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*, in *federalismi.it*, n. 1/2020; M. A. SANDULLI, *Vademecum sulle ulteriori misure anti-covid19 in materia di Giustizia Amministrativa: l'art. 84 del decreto "Cura Italia"*, in *lamministrativista.it*, 17 marzo 2020; M. A. SANDULLI, *I "primi chiarimenti" del Presidente del Consiglio di Stato sul "Decreto cura Italia"*, in *lamministrativista.it*, 20 marzo 2020; F. 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.

⁷ 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"*, cit..

⁸ 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.

⁹ 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

L'ultima modifica intervenuta, pur non pienamente soddisfacente, ha il merito di aver introdotto un'oralità «condizionata»¹⁰ chiudendo una falla che rischiava pericolosamente di minare alle fondamenta il giusto processo amministrativo.

Il sacrificio della discussione orale è apparso, sin da subito, un *vulnus* nell'esercizio del diritto di difesa, secondo alcuni giustificabile nel regime emergenziale¹¹.

In dottrina, prima del decreto correttivo del 30 aprile 2020, si era cercato anche di recuperare una lettura estensiva del quadro normativo rinvenendo nelle disposizioni di cui al comma 4 dell'art. 84 «una sorta di deroga al regime della decisione generalizzata ed obbligata sugli scritti di cui al successivo comma 5, come tale atta a recuperare un minimo di contraddittorio orale attraverso le apposite misure organizzative a ciò rivolte»¹²; purtuttavia l'approdo finale era unanime nell'affermare che «il voluto normativo è chiaro

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.

¹⁰ Per utilizzare la felice espressione di M. A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, cit.

¹¹ R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *federalismi.it*, cit., la quale afferma che «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; F. PATRONI GRIFFI, *nota ai Presidenti di sezione del Consiglio di Stato e del CGARS ed ai Presidenti dei TT.A.A.RR. e Sezioni staccate*, prot. N. 7400 del 20.04.2020, in *giustizia-amministrativa.it*; per il recupero almeno della discussione telematica si v. S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020; per una riflessione critica sulla scelta normativa di escludere la «discussione orale» dal processo amministrativo si rinvia anche a I. LAGROTTA, *Il «giusto processo» amministrativo e decreto «Cura Italia»: il principio di oralità alla prova dell'emergenza*, in corso di stampa.

¹² Si v. S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*, cit. secondo il quale «il comma 3 dispone che per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giurisdizionale e consultiva, a decorrere dal 8 marzo 2020 e fino al 30 giugno 2020 ai presidenti titolari delle Sezioni del Consiglio di Stato, al presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ed ai presidenti dei Tribunali amministrativi regionali e delle relative Sezioni staccate, sentiti l'autorità

nell'interdire radicalmente la discussione orale, anche nella forma telematica»¹³. Sul punto era intervenuto anche il Presidente del Consiglio di Stato che, con indicazioni ai Presidenti di sezione e del CGARS ed ai Presidenti dei TT.AA.RR. e Sezioni staccate, nel constatare che pur essendo il processo amministrativo «prevalentemente scritto» nondimeno «il sacrificio della oralità costituisce un vulnus» giustificabile «per il periodo di emergenza (...) 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»¹⁴.

L'auspicio espresso dal Presidente del Consiglio di Stato il 20 aprile u.s. deve aver (con)vinto il Governo visto che, il giorno dopo la conversione in legge del d.l. 18/2020, ha emanato un ulteriore provvedimento d'urgenza introducendo l'udienza telematica condizionata¹⁵.

Alla luce dell'attuale quadro normativo trova «stabile» conferma la radicale elisione del contraddittorio orale nel processo amministrativo per le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, dal 15 aprile sino al 29 maggio 2020, stante la previsione normativa d'urgenza sopravvenuta che dal 30 maggio al 31 luglio 2020 dovrebbe consentire un'udienza telematica con la partecipazione delle parti.

sanitaria regionale e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati della città ove ha sede l'Ufficio, è consentito adottare, in coerenza con le eventuali disposizioni di coordinamento dettate dal presidente del Consiglio di Stato o dal segretario generale della giustizia amministrativa, «le misure organizzative, anche incidenti sulla trattazione degli affari giudiziari e consultivi, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d'intesa con le Regioni, e le prescrizioni impartite con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri emanati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, al fine di evitare assembramenti all'interno degli uffici giudiziari e contatti ravvicinati tra le persone».

Ai sensi del successivo comma 4, lettera d), i provvedimenti di cui al comma 3 possono anche consistere nella «adozione di direttive vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze, coerenti con le eventuali disposizioni dettate dal presidente del Consiglio di Stato». Compare perciò un riferimento espresso alle «udienze»; più precisamente, rientra nei poteri dei presidenti dei diversi organi giurisdizionali amministrativi stabilire come si devono «trattare» le udienze, pubbliche o camerali che siano, conformandosi alle linee organizzative eventualmente impartite dagli uffici apicali del Consiglio di Stato.

Se si guarda alla previsione per quello che essa testualmente «concede» ai presidenti, il margine di manovra organizzativo appare in linea di principio molto ampio. Potrebbe teoricamente ritenersi, pertanto, che l'opzione in favore dell'udienza telematica, pur non considerata in termini espliciti, rimanga comunque accessibile».

¹³ In termini sempre TARULLO, *L'udienza telematica*, cit.

¹⁴ F. PATRONI GRIFFI, *nota ai Presidenti di sezione del Consiglio di Stato e del CGARS ed ai Presidenti dei TT.AA.RR. e Sezioni staccate, prot. N. 7400 del 20.04.2020*, cit., il quale precisa che «a tal fine, sarebbe utile – e ne è stata fatta richiesta – 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)».

¹⁵ L'art. 4, comma 1, del d.l. n. 28 del 2020 ha stabilito che il decreto del Presidente del Consiglio di Stato di cui all'art. 4, comma 2, stabilisca, per i collegamenti da remoto, i tempi massimi di discussione e replica. Le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, ancora in bozza, all'art. 2, punto 12, prevedono dei tempi stringenti di discussione dai cinque ai dieci minuti massimo.

2. La lettura «conforme a Costituzione» dell'art. 84, comma 5, da parte del Consiglio di Stato.

Nel contesto precedente agli ultimi sviluppi normativi ma relativo alle disposizioni tuttora applicabili sono di particolare importanza le ordinanze «gemelle» del 21 aprile 2020 nn. 2538 e 2539 adottate dalla VI Sezione del Consiglio di Stato¹⁶. Si tratta delle prime decisioni in cui trova applicazione il nuovo rito introdotto dall'art. 84, comma 5, del d.l. 18/2020 e che hanno avuto il merito di riaprire la possibilità per le parti di chiedere la discussione orale anche nella vigenza delle misure emergenziali.

Il collegio premette che «il processo amministrativo, a differenza del processo penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso “forte” (...), ben potendo il confronto tra i litiganti e con il giudice avvenire in forma meramente cartolare e le parti decidere di neppure comparire in udienza». Nel contempo afferma 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'interlocazione diretta con il giudice» in ragione dei principi costituzionali del giusto processo, ex art. 111, comma 2, della Costituzione nonché di quelli derivanti da un'interpretazione evolutiva dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU.

Nelle ordinanze viene anche evidenziato il tema non secondario dell'assenza di una pubblica udienza ed i conseguenti rischi di una «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 evidenziato da tempo come 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 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 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

¹⁶ 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. 2538 e 2539 del 2020) riapre alla possibilità di discussione*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza covid-19 paper – 29 aprile 2020.

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».

In conclusione, il Consiglio di Stato, pur non ritenendo indefettibile nel processo amministrativo la previsione della discussione orale, ritiene l'imposizione di una decisione senza discussione 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 e ne propone un'interpretazione conforme a Costituzione.

3. Un'interessante operazione ricostruttiva e le possibili obiezioni ad essa.

Le ordinanze in commento vanno lette con favore e sono condivisibili quanto al risultato concretamente raggiunto in termini di tutela del diritto di difesa e del contraddittorio anche orale nel processo amministrativo. Le stesse forniscono un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della disposizione in esame che, però, non convince pienamente nei termini che di seguito si cercheranno di delineare.

E' vero che il giudice deve optare tra le possibili interpretazioni della disposizione normativa per quella conforme a costituzione secondo il risalente insegnamento «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»¹⁷. Ma tale operazione

¹⁷ Si vedano la sentenza n. 356 del 1996 ed anche l'ordinanza n. 147 del 1998, l'ordinanza n. 130 del 2002, l'ordinanza n. 85 del 2007, la sentenza 113/2011; per un approfondimento si rinvia a R. ROMBOLI – E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *Enciclopedia diritto*, Aggiornamenti V, Milano, 2001, 520-521; R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, relazione al Convegno *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri* (Università degli studi di Milano-Bicocca, Milano 17-18 novembre 2011), l'A. evidenzia come «la tendenza che emerge dalla sopracitata giurisprudenza costituzionale è chiaramente nel senso di sollecitare il giudice a fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione “adeguatrice”, evitando così di coinvolgere nella soluzione del dubbio la Corte costituzionale, la quale pare recentemente impegnata a valorizzare appunto l'attività interpretativa della legge e della Costituzione (e della prima

adeguatrice, così come emerge dalla più recente giurisprudenza costituzionale¹⁸, non solo non è doverosa¹⁹, ma se compiuta dai giudici comuni deve basarsi su di una possibile opzione interpretativa della disposizione in esame.

Nel caso scrutinato dal Consiglio di stato il tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata, pur ove ricondotto ad un modello di «sindacato collaborativo»²⁰ da parte del giudice, si scontra con la lettera della disposizione in esame.

Non può trascurarsi il tenore dell'art. 84, comma 5, che utilizza l'indicativo presente («tutte le controversie fissate per la trattazione (...) passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati»). E' noto che nel linguaggio giuridico il modo verbale idoneo ad esprimere il comando è appunto l'indicativo presente.

alla luce della seconda) da parte del giudice, evitando di assumere essa stessa interpretazioni «militanti», come avveniva con le decisioni interpretative di rigetto della prima maniera»; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2014, «a favore del ricorso (obbligatorio od oneroso) al canone dell'interpretazione costituzionalmente conforme – può sottolinearsi il fatto che esso è considerato dalla Corte non solo ermeneuticamente «preminente», bensì anche rispondente ad un «principio di supremazia costituzionale», il quale «impone (...) all'interprete di optare, tra più soluzioni astrattamente possibili; per quella che renda la disposizione conforme alla Costituzione: nella specie conforme al principio del giusto processo» (sent. n. 113 del 2000)».

¹⁸ Secondo l'ormai costante orientamento della Corte costituzionale, infatti, l'effettivo esperimento del tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata – ancorché risolto dal giudice a quo con esito negativo per l'ostacolo ravvisato nella lettera della disposizione denunciata – consente di superare il vaglio di ammissibilità della questione incidentale sollevata. La correttezza o meno dell'esegesi presupposta dal rimettente – e, più in particolare, la superabilità o non superabilità degli ostacoli adottati a un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione impugnata – attiene invece al merito, e cioè alla successiva verifica di fondatezza della questione stessa (sentenze n. 262 e n. 221 del 2015; più di recente, ex multis, sentenze n. 135 del 2018, n. 255 e n. 53 del 2017).

¹⁹ Non può non sottolinearsi il nuovo atteggiamento della Corte che avrebbe esonerato il giudice comune dal compito di interpretare le disposizioni in modo conforme quando ciò appare soltanto «improbabile o difficile (sent. 42 del 2017) e sul punto le osservazioni critiche di M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a costituzione torna a casa?*, in *Il sistema «accentrato di costituzionalità»* – Seminario del Gruppo di Pisa, 25 ottobre 2019, Fascicolo 2019/03, il quale evidenzia che «la Corte vuole evitare che un giudice debba per forza «fare da sé», senza sollevare la questione di costituzionalità, qualora non riesca a raggiungere un esito costituzionalmente conforme mediante l'impiego degli strumenti ermeneutici a sua disposizione»; ed anche le riflessioni di F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, cit., il quale osserva che «sotto il profilo della opportunità politica, è anche lecito ritenere che l'interpretazione adeguatrice (specie se compiuta dai giudici comuni, ma anche se compiuta dalla Corte costituzionale con decisioni «interpretative di rigetto») non solo non sia doverosa, ma sia inoltre dannosa. Tale tecnica interpretativa, infatti, non sortisce altro esito se non quello di conservare in vita disposizioni legali che possono esprimere norme incostituzionali, e la cui interpretazione conforme a costituzione da parte della generalità dei cittadini e (soprattutto) della pubblica amministrazione non può dirsi assicurata», poiché «le decisioni di rigetto (...) sono prive di efficacia generale, erga omnes: i loro effetti sono circoscritti al caso deciso»; inoltre è opportuno sottolineare che secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, ove l'interpretazione conforme sia sperimentata, ma sia poi, ritenuta impraticabile, l'eventuale non condivisione di tale lettura incide sul merito e non sul rito, e costituisce quindi ragione di eventuale infondatezza, e non di inammissibilità, della questione sollevata (ex multis, sentenze n. 187, n. 179 e n. 144 del 2019, n. 132 del 2018, n. 42 del 2017, n. 204, n. 95 e n. 45 del 2016, n. 262 del 2015).

²⁰ R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, cit.

Una lettura adeguatrice sembrerebbe, pertanto, impraticabile alla luce del tenore letterale della disposizione in contestazione²¹ e secondo l'insegnamento della Corte costituzionale che non ha mai scritto che l'interpretazione conforme a Costituzione possa condurre a uno stravolgimento in via giudiziale del tenore letterale della disposizione.

Ed allora, pur apprezzandosi il tentativo coraggioso di evitare un processo cartolare «coatto» interpretando l'art. 84, comma 5, nel senso di consentire alle parti «di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale», sussistono dei dubbi in merito al percorso che perora tale decisione sulla base di un'interpretazione conforme a Costituzione.

Le ordinanze nn. 2538 e 2539 del 2020 del Consiglio di Stato hanno il merito di salvare, ove ritenuta necessaria dalle parti, la discussione orale, ma l'operazione ermeneutica pare confidare troppo sull'elasticità del testo della disposizione, finendo per manipolarlo.

Sarebbe stato probabilmente più lineare sottomettere la questione alla Corte costituzionale che ha strumenti di «ri-tessitura» delle norme primarie assai consolidati.

Si ritiene, infatti, che il dubbio di costituzionalità paventato può trovare composizione solo attraverso un intervento «creativo» di tipo additivo che è rimesso, nei limiti tracciati dalla giurisprudenza, alla Corte costituzionale. Tale situazione non cambia anche laddove si chieda che il giudice fornisca la soluzione costituzionalmente imposta²² infatti, come è stato osservato, tale richiesta è tesa a «responsabilizzare i giudici e indurli a collaborare»²³ ma non giustifica una sostituzione. Il giudice comune, infatti, subisce il limite imposto dall'art. 101, comma 2, della Costituzione che costituisce il fondamento della sua indipendenza²⁴ ma anche un vincolo di soggezione inteso come impossibilità di disapplicazione della legge²⁵.

²¹ R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, cit., l'A evidenzia che «tra i limiti che si pongono chiaramente all'attività interpretativa-creativa del giudice sta certamente la necessità del rispetto del testo normativo e delle regole dell'interpretazione»; si v. anche R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *Studi in Onore di Aldo Loiodice*, Volume Secondo, Bari, 2012, pp. 1069 e ss.

²² Come è stato osservato F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, cit. «la Corte sembra voler condividere con i giudici il peso, ossia la responsabilità della decisione del caso di costituzionalità, sia in generale, sia soprattutto nella eventualità di adottare decisioni di tipo additivo, per le quali essa giunge a richiedere al giudice di fornire la soluzione costituzionalmente imposta. Il notevole coinvolgimento del giudice comune risponde allo scopo di fare apparire la decisione costituzionale come sostenuta e solidalmente condivisa dal potere giudiziario, e perciò più giustificato dinanzi al potere legislativo l'intervento eventualmente «creativo» della Corte costituzionale, in una operazione cioè di acquisizione di consenso che costituisce la necessaria e più profonda radice della sua legittimazione. Una operazione che rappresenta sul piano istituzionale il più aggiornato tentativo di giustificazione di quella giurisprudenza «creativa» della Corte costituzionale».

²³ L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1986, V, 305.

²⁴ N. ZANON – L. PANZERI, *Commento all'art. 101*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Utet, Torino, 2006, pp. 1957-1967.

²⁵ R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?* – relazione in *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele* (Agrigento 17 e 18 settembre 2010), *Il ruolo del*

In conclusione, dinanzi al dubbio di costituzionalità paventato si ritiene che il giudice avesse l'obbligo di sollevare la questione di legittimità dinanzi alla Corte in ragione dei limiti imposti dal testo di legge interpretata²⁶.

Inoltre, suscita qualche perplessità anche il parametro di costituzionalità invocato.

Va rilevato, infatti, che il regime dell'emergenza incide sui diritti in ragione della situazione di necessità ed urgenza. Ciò può valere per i diritti costituzionali fondamentali oltre che per quelli tutelati dalle fonti di rango primario.

Sotto tale profilo i parametri di costituzionalità invocati e cioè il comma 2 dell'art. 111 e l'art. 24 della Costituzione nonché l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, potrebbero non essere sufficienti poiché nell'emergenza i diritti anche costituzionali possono essere limitati se ciò è indispensabile o necessario.

Applicando tali coordinate interpretative, pertanto, non appare del tutto persuasiva l'ipotesi di incostituzionalità della disposizione presa in esame nelle ordinanze «gemelle» fondata solo sulla lesione temporanea dei principi convenzionali (CEDU) e del giusto processo in quanto non è incostituzionale nell'emergenza limitare i diritti fondamentali se non c'è soluzione alternativa per garantirne l'esercizio pieno e/o limitato.

4. Una diversa opzione interpretativa: l'abuso del diritto dell'emergenza.

Le ragioni dell'emergenza, come si è detto, giustificano le limitazioni dei diritti anche fondamentali. Tali limitazioni vanno scrutinate secondo il parametro della indispensabilità e necessità. Nel contempo le limitazioni, seppur giustificate scontano, nella ponderazione del sacrificio imposto e quindi nello scrutinio di compatibilità costituzionale, la verifica di una soluzione alternativa che consenta la tutela del diritto

giudice nella società che cambia, l'A. evidenzia come «in presenza di una legge non conforme alla Costituzione, non sia tecnicamente possibile (in quanto esorbitante dai poteri rientranti nella funzione interpretativa) procedere, nel senso visto, ad una interpretazione “adeguatrice”, il giudice deve necessariamente ed obbligatoriamente sollevare apposita questione di costituzionalità davanti alla Corte»; A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *consultaonline*, 18 dicembre 2019, l'A. evidenzia come «il vincolo della esclusiva soggezione del giudice alla legge non lascia scampo: richiede di necessità che vi sia l'opera prima, politica per eccellenza, posta in essere dal legislatore in svolgimento dei principi fissati nella Carta» ed aggiunge «né è di consolazione l'argomento per cui le regole “inventate” dai giudici in assenza di legge sono pur sempre estratte dai principi contenuti nella Carta costituzionale, integrata – come si diceva – con le altre Carte nella interpretazione. L'estrazione delle regole dai principi costituzionali non è mai – checché ne dica talora la stessa giurisprudenza – “a rime obbligate” e, d'altro canto, ove così, in via di mera ipotesi, fosse, dovrebbe concludersi nel senso della inutilità della stessa attività di normazione apprestata dal legislatore, della mediazione cioè da quest'ultimo ordinariamente assicurata tra Costituzione e giurisdizione»; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4/2016, l'A. evidenzia che è «sulla tenuta del principio di legalità che si regge l'intera struttura dello stato di diritto, quale sistema normativo entro il quale tutti i poteri sono soggetti alla legge e l'applicazione della legge è separata e indipendente dalla sua produzione».

²⁶ R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, cit., l'A. sottolinea come «i giudici comuni non possono, richiamandosi all'esigenza di un'interpretazione conforme alla Costituzione, superare certi limiti ed in particolare quelli loro imposti dal testo della legge interpretata».

inciso anche attraverso un «surrogato» che mitighi una limitazione assoluta che diverrebbe, pertanto, in tale prospettiva inaccettabile.

Le misure adottate nell'emergenza, volte ad assicurare il «distanziamento» delle persone, hanno determinato un'importante limitazione della libertà di movimento, in particolare di quella di circolazione e soggiorno, ma anche quella di iniziativa economica, di riunione, di culto.

Anche i diritti sociali per le stesse ragioni sono stati incisi nel tentativo di contenere la diffusione del virus. Si pensi ad esempio al diritto all'istruzione. La chiusura delle Scuole e delle Università è ampiamente giustificata sotto il profilo del contenimento del contagio. In tal caso il bilanciamento è stato raggiunto con forme di educazione a distanza - surrogato della didattica in aula - con la conseguente salvaguardia della validità dell'anno scolastico o accademico.

In senso analogo sono state disposte chiusure parziali e/o limitazioni di accesso ai Tribunali mitigate dalla sospensione dei termini processuali e dalla possibilità di utilizzare gli strumenti del processo telematico. Le discussioni da remoto hanno consentito anche la trattazione dell'udienza e la difesa orale nei plessi di giustizia civile, penale e contabile sino alla Corte costituzionale²⁷.

In quest'ottica si comprende come il tempo dell'emergenza può distorcere e comprimere il ventaglio di libertà a cui siamo abituati ma può farlo solo nei limiti di necessità imposti dall'emergenza. Contrastare l'emergenza Covid-19 e contenerne gli effetti negativi ha impattato ed impatta sullo svolgimento dell'attività giurisdizionale e consultiva ma vanno individuate le misure organizzative necessarie per garantire il rispetto delle indicazioni igienico sanitarie bilanciandole con la tutela dei diritti di difesa.

Compito del legislatore è quello di trovare un punto di equilibrio ragionevole tra la limitazione imposta e la soluzione alternativa che mitighi il sacrificio del diritto tutelato dalla Costituzione e/o dalle disposizioni di rango primario.

Vi è, pertanto, almeno una possibile via concorrente per giungere a contestare la costituzionalità del c.d. processo cartolare «coatto» per abuso del diritto dell'emergenza.

La normativa introdotta dall'art. 85, comma 5, se scrutinata attraverso la lente del regime emergenziale ci consente di mettere a fuoco la questione attraverso la verifica di necessità del sacrificio imposto. Ed allora nel caso di specie la decisione di sopprimere la discussione orale appare non essere informata al principio del minimo mezzo su cui il diritto emergenziale ruota, per il quale ai diritti costituzionali possono essere imposte eccezionali restrizioni e limitazioni – anche assai pesanti – ma comunque solo nei limiti di necessità.

²⁷ Si v. Decreto del Presidente della Corte costituzionale del 20 aprile 2020.

Una prima macroscopica distonia si osserva all'interno del provvedimento legislativo giacché prevede, per il medesimo arco temporale, che la trattazione delle cause civili²⁸, penali²⁹ e di responsabilità contabile³⁰ possa contemplare collegamenti da remoto, richiedendo – ragionevolmente – che le modalità siano «idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti»³¹. E' evidente, pertanto, che l'introduzione per altri plessi di giustizia della discussione da remoto è la prova che il sacrificio imposto nel giudizio amministrativo non sia necessario in quanto conseguente a mere misure organizzative. Questo determina una manifesta disparità di trattamento ma anche (e soprattutto) una palese violazione del principio di proporzionalità. Infatti, la compromissione del diritto di difesa per «esigenze organizzative» della p.a., che tra l'altro non sono apparse all'evidenza indefettibili, è irragionevole.

La previsione di cui all'art. 84, comma 5, pertanto, appare incostituzionale nella parte in cui prevede che tutte le controversie vengono decise senza discussione orale, anche ove le parti ne facciano richiesta, senza consentire la celebrazione di una discussione telematica come previsto per altri plessi di giustizia dal medesimo decreto «Cura Italia» e come possibile anche per la giustizia amministrativa attraverso mere misure organizzative³² recessive rispetto ai diritti di difesa.

La sottomissione della questione avrebbe avuto il merito di far pronunciare la Corte costituzionale sulla compatibilità o meno della radicale elisione della discussione orale con i principi del giusto processo amministrativo nel rispetto, con una prevedibile decisione «additiva di principio»³³, della discrezionalità del legislatore.

²⁸ Art. 83, comma 7, lett. f).

²⁹ Art. 83, comma 12.

³⁰ L'art. 85, comma, 3 lett. e).

³¹ In sede di conversione del d.l. la possibilità di discussione orale, seppur su richiesta, è stata estesa anche al giudizio pensionistico.

³² Si ritiene doveroso precisare che correzione normativa intervenuta con l'art. 4 del d.l. del 30 aprile 2020 n. 28 pur ripristinando un'oralità «condizionata» (a partire solo dal 30 maggio e fino al 31 luglio) non modifica il ragionamento svolto tenuto conto che tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale – o meglio potremmo dire continueranno a passare in decisione – sino al 29 maggio 2020 (realizzando di fatto un processo cartolare coatto introdotto con varie declinazioni a partire dall'8 marzo 2020).

³³ R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi invia incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)* R. ROMBOLI (a cura di), Giappichelli, 2005, p. 125.