



14 LUGLIO 2021

La spinta della pandemia alla
telematizzazione completa del
processo amministrativo: riflessioni *de*
iure condendo

di Massimino Crisci

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

La spinta della pandemia alla telematizzazione completa del processo amministrativo: riflessioni *de iure condendo**

di Massimino Crisci

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo

Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

Abstract [It]: Il protrarsi della situazione emergenziale e delle conseguenti misure di “salvaguardia” adottate per garantire la prosecuzione dell’attività giurisdizionale amministrativa, impongono di valutare l’inquadramento costituzionale del “nuovo” modello processuale emerso e la possibilità che alcune modifiche contingenti divengano “stabili”, in una prospettiva di totale telematizzazione del processo.

Abstract [En]: The continuation of the emergency situation and the consequent "safeguard" measures adopted to ensure the continuation of the administrative judicial activity, require an assessment of the constitutional framework of the "new" procedural model that has emerged and the possibility that some contingent changes become "stable", in a perspective of total telematization of the process.

Parole chiave: Processo amministrativo; garanzie processuali; Costituzione; telematizzazione

Keywords: Administrative trial; procedural guarantees; Constitutional rights; telematization

Sommario: 1. L'emergenza pandemica “SARS COV-2” e l'attività giurisdizionale. 2. Stato di emergenza e Costituzione. Il bilanciamento dei diritti. 3. Il “diritto” al processo nell'emergenza pandemica. 4. Il processo amministrativo nella fase emergenziale. 5. Un'occasione sprecata? 6. Conclusioni.

1. L'emergenza pandemica “SAR COV 2” e l'attività giurisdizionale

Nel 2020 l'intera popolazione mondiale è stata chiamata ad affrontare un'emergenza “antica”, ma allo stesso tempo inaspettata.

Nell'era dell'evoluzione tecnologica e delle conquiste scientifiche in campo sanitario, appariva alquanto remota la possibilità che l'intero ordine mondiale potesse essere stravolto da un'emergenza di tipo sanitario¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Nell'autunno 2019 il focolaio di SARS COV2 scoppiato nella regione cinese dell'Hubei innescava un meccanismo a catena per cui, entro poco più di sei mesi, l'OMS dichiarava lo stato emergenziale di pandemia. L'11 marzo 2020 il direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità (Oms), Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha annunciato il passaggio da emergenza epidemica ad emergenza pandemica in ragione della registrazione di più di 118mila casi di Covid-19 in 114 paesi, e di 4.291 decessi.

L'inaspettata evoluzione geometrica dell'emergenza ha portato tutti i Paesi a dover adottare con rapidità ed efficacia misure in grado di contenere il contagio che, nella maggior parte dei casi, hanno avuto riflessi diretti sulle libertà dei cittadini. Misure che hanno intimamente inciso in quasi tutti gli ambiti socio-economici e che, pertanto, impongono – con specifico riferimento al nostro ordinamento – la verifica dell'esistenza di modelli legislativi emergenziali che permettano l'adozione di siffatte misure, nonché la compatibilità degli stessi rispetto ai diritti ed alle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione in capo ai cittadini.

Tuttavia il verificarsi di una tale –eccezionale ed impreveduta– evenienza, ha imposto l’individuazione di soluzioni in grado di garantire la prosecuzione delle attività essenziali, anche in presenza di misure restrittive che limitassero fortemente il contatto e la circolazione dei cittadini.

Tale necessità ha assunto un connotato particolare con riferimento all’attività giurisdizionale e alle recenti evoluzioni tecnologiche che l’hanno interessata.

È pertanto emersa, in tutta la sua rilevanza, l’intrinseca contraddizione tra la tradizionale impostazione del processo (che presuppone la presenza “fisica” degli operatori e delle parti) e la sua progressiva telematizzazione².

In linea di massima, la soluzione prescelta è stata quella di un “temporaneo rafforzamento” degli strumenti telematici di celebrazione dei processi, che riducesse ancora più la presenza fisica negli uffici, pur garantendo la prosecuzione –per quanto “mutilata”– dei procedimenti giudiziari³.

Tale scelta è apparsa particolarmente efficace in seno alla giurisdizione amministrativa, nella quale la (quasi) totale assenza di una fase istruttoria in contraddittorio ben si prestava ad una telematizzazione “forte” del processo.

Tuttavia, una siffatta impostazione conduceva inevitabilmente al sacrificio di alcuni principi considerati basilari per il perseguimento di “giusto processo”.

Questo contributo, pertanto, si concentrerà sull’analisi delle misure che hanno inciso sull’attività giurisdizionale amministrativa, tentando una valutazione delle stesse sotto il profilo della loro potenziale valenza al di fuori dell’orizzonte emergenziale, nella prospettiva di una rimeditazione dei principi processuali “toccati” dalla telematizzazione pandemica.

2. Stato di emergenza e Costituzione. Il bilanciamento dei diritti

A fronte dello scoppio della crisi pandemica, l’ordinamento italiano si è trovato di fronte alla mancanza, in seno alla Costituzione, di una disciplina espressa dello “stato di emergenza”.

Occorre preliminarmente chiarire che tale assenza non è il frutto di una svista o di una mancanza dei padri costituenti ma, al contrario, risponde ad una precisa scelta politica che trova le sue ragioni nella – allora recente– esperienza totalitaria tedesca⁴.

² Va tuttavia evidenziato che sarebbe erroneo ritenere tale contraddizione come un limite o come un “problema”, posto che la scelta di telematizzare “parzialmente” il processo rispondeva alla precisa volontà di salvaguardare alcuni principi processuali ritenuti fondamentali, quali l’oralità e la pubblicità delle udienze.

³ La soluzione è apparsa, in molti casi, di mero principio. In molte occasioni, stante l’inadeguatezza dei sistemi infrastrutturali, si è optato per il mantenimento in presenza con un contingentamento delle udienze ed un conseguente allungamento dei tempi di rinvio e di decisione.

⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.eu, del 10 aprile 2020.

L'intrinseca astrattezza del concetto di emergenza, infatti, cui si sarebbero dovuti ricollegare poteri "straordinari", avrebbe potuto condurre ad una distorta applicazione dello strumento.

Tale, difatti, era stata l'esperienza della Costituzione di Weimar il cui art. 48⁵, attribuendo poteri straordinari al Presidente del Reich per ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica, aveva di fatto offerto "un ombrello costituzionale" a tutta la nefanda legislazione nazista^{6 7}.

⁵ Art. 48: «*Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla Costituzione o da una legge del Reich, il Presidente può costringerlo con l'aiuto della forza armata. Il Presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il Presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richieda. Nel caso di urgente necessità, il governo di un Land può adottare per proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Esse vanno revocate se lo richiedono il Presidente del Reich o il Reichstag. Norme più particolari saranno date con legge del Reich.*».

⁶ R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in www.consultaonline.it, Fasc. III, 2020, in cui l'autore evidenzia come sia stato l'art. 48 della Costituzione di Weimar a consentire la svolta totalitaria tedesca. In ragione di ciò, in sede di Assemblea costituente vi fu ampia ed espresa discussione in merito alla possibilità di introdurre una disciplina dello stato di emergenza. Discussione conclusasi con la scelta di non prevedere alcun nucleo normativo di tale portata, a favore di una "distribuzione" dei poteri emergenziali in seno a specifiche previsioni o singoli istituti. In particolare si fa riferimento alla possibilità di violazione del domicilio personale per ragioni di sanità ed incolumità pubblica (art. 14, co. 2 Cost.), alla possibilità di limitare la libertà di circolazione per motivi di sanità e sicurezza (art. 16 co. 1), alla possibilità di limitare la libertà di riunione sempre per ragioni di sicurezza ed incolumità (art. 17, co. 3), alla possibilità di incidere sulla libertà di iniziativa economica per evitare che rechi danno alla sicurezza (art. 41, co. 2). L'autore fa, inoltre, riferimento al potere di decretazione del Governo (art. 77) per rispondere a casi di necessità ed urgenza. Giova osservare che tali strumenti eccezionali sono stati, a ben vedere, largamente utilizzati. Basti far riferimento alle varie ipotesi in cui non è stata concessa la possibilità di manifestazioni per ragioni di sicurezza pubblica. Inoltre, con specifico riferimento allo strumento della decretazione d'urgenza governativa non si può ignorare l'uso disinvolto che se ne è fatto, facendo leva proprio sull'astrattezza dei presupposti di necessità ed urgenza. Ciò dunque, ad avviso dello scrivente, conferma la saggezza dei Padri costituenti, il cui fine era appunto evitare un uso distorto di un eventuale potere emergenziale.

⁷ In ragione di tale "formale" carenza ci si è posti l'interrogativo su quale fosse la fonte della disciplina in caso di emergenza.

Una parte della dottrina ha ritenuto che il fondamento della normativa d'emergenza risiederebbe nella stessa necessità causata dall'emergenza e nei principi di *primus vivere* e *salus rei publicae* che trascendono la loro codificazione nella Carta fondamentale. U. RONGA, *Il governo nell'emergenza (permanente): sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, n. 1-2020; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in www.dirittifondamentali.it, fasc. 1/2020, 23 marzo 2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in questa rivista, 22 aprile 2020.

Altra e prevalente dottrina ha invece evidenziato come la Costituzione già offra tutti i necessari strumenti per gestire l'emergenza, disciplinando in sé le varie e singole ipotesi di eccezionale sospensione delle libertà costituzionali. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2020, 28 aprile 2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 11 giugno 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, fasc. 2/2020, 11 giugno 2020.

Invero, giova osservare che una disciplina di risposta agli eventi emergenziali è riscontrabile nella legislazione ordinaria. Il Codice della protezione civile, infatti, approvato con D. Lgs. 2 gennaio 2018 n. 1, disciplina –riordinandolo– il sistema nazionale di protezione civile con la finalità di «tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo» (art. 1 D. Lgs. 1/2018). Proprio in applicazione del combinato disposto di cui all'art. 7 co. 1 let. c) e dell'art. 24 del codice, il consiglio dei ministri ha deliberato in data 30 gennaio 2020 lo stato di emergenza. Stato di emergenza poi prorogato più volte, da ultimo fino al 30 aprile 2021 e la cui durata massima è individuabile al 30 gennaio 2022.

In tale contesto si è posto, dunque, il problema dell'applicazione dei limiti alle libertà costituzionali in un quadro di emergenza globale.

In altri termini, mentre una limitazione singola ed episodica trova albergo proprio nell'eccezionalità della deroga alla regola costituzionale, un quadro fattuale che contempla una situazione di "generale eccezionalità"⁸ che si protrae per lungo tempo, richiede una più attenta rimediazione dell'applicazione del sistema costituzionale.

La questione emerge in ragione della posizione "agerarchica" dei diritti costituzionali fondamentali i quali godono tutti di pari dignità e prevalenza.

Per tale ragione, il sistema costituzionale non prevede una rigida e gerarchica prevalenza di alcuni diritti sugli altri.

La dottrina prevalente ha, in tal senso, sostenuto che lo stato emergenziale è un "mero stato di fatto" cui non accede una legalità parallela nella quale alcuni diritti costituzionali prevalgono *sic et simpliciter* sugli altri.

Ciò in quanto «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona»⁹.

In altri termini, la situazione emergenziale non può essere affrontata sospendendo l'ordine costituzionale, «ma ravvisando al suo interno gli strumenti idonei a modulare i principi costituzionali in base alle specifiche contingenze: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela "sistemica e non frazionata" dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, ponderando la tutela di ciascuno di essi con i relativi limiti»¹⁰.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *La regola e l'eccezione*, in *La Repubblica*, 29 luglio 2020, distingue le ipotesi di "emergenza" da quelle di "eccezione", evidenziando come l'emergenza abbia carattere conservativo mirando al ritorno allo *status quo ante*, mentre l'eccezione ha finalità innovativa, diretta a instaurare un nuovo ordine, attraverso l'attribuzione di poteri ampi e indeterminati. Nel presente scritto, pertanto, si utilizzerà il termine eccezione quale termine esplicativo della situazione di emergenza e non nella sua accezione di schmittiana memoria.

⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 9 maggio 2013, n. 85;

¹⁰ M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, p. 25. L'autrice in tal senso, afferma che «La nostra Costituzione, a differenza di altre, non prevede lo "stato d'eccezione". Dunque, anche in

La giusta tensione nella definizione della legislazione emergenziale pandemica, infatti, è data dall'opera di bilanciamento tra tutti i diritti costituzionali coinvolti in cui quello alla salute, lungi dal costituire diritto primario, assurge a diritto “minacciato” e, come tale, oggetto di tutela in fase di bilanciamento.

Bilanciamento che prende le mosse dall'assioma per cui non esiste un ordine gerarchico rigido tra i principi costituzionali, né lo stesso è dettato dalla formulazione letterale del testo costituzionale¹¹.

La gerarchia, pertanto, si forma “caso per caso”, all'esito di un'operazione di bilanciamento¹² che può valere solo per la singola e specifica fattispecie.

situazioni di crisi valgono i principi di sempre, ma ciò non significa che non si debba tener conto delle circostanze e delle loro peculiarità. Sul piano economico, ad esempio, l'articolo 81 prevede che il principio dell'equilibrio di bilancio tenga conto delle fasi favorevoli e di quelle avverse, ed è un'indicazione importante. Il rigore richiesto in alcuni momenti deve poter essere ammorbidito nelle situazioni in cui occorre sostenere la ripresa economica, come peraltro già sta accadendo. La Costituzione è piena di clausole che richiedono di modulare i principi sulla base dei dati di realtà e dei diversi contesti. Potremmo dire che i principi costituzionali sono sempre finestre aperte sulla realtà», in Corriere della Sera, 29 aprile 2020.

Una diversa impostazione, di natura “politica” ha sostenuto la primazia del diritto alla salute, inteso quale diritto alla vita, in quanto presupposto per il godimento di ogni altro diritto. G. CONTE, nella sua qualità di Presidente del Consiglio, intervenendo alla Camera dei deputati il 30 aprile 2020 ha espressamente dichiarato che «Il diritto costituzionale – lo ricordo innanzitutto a me stesso – è equilibrio: equilibrio nel rapporto tra poteri, equilibrio nel bilanciamento dei diritti e delle garanzie. Quando – come in questa stagione di emergenza – sono in gioco il diritto alla vita e il diritto alla salute, beni che oltre a vantare il carattere fondamentale costituiscono essi stessi il presupposto per il godimento di ogni altro diritto, le scelte per quanto “tragiche”, come direbbe Guido Calabresi, diventano addirittura obbligate».

Sul punto giova osservare che la dottrina costituzionale e la stessa giurisprudenza della Consulta tendono a non supportare una lettura gerarchica dei diritti costituzionali, in ragione del fatto che riconoscere rigidamente una preminenza ad un diritto significa affievolire perennemente tutti gli altri interessi, potendosi giungere a valutazioni di specifiche fattispecie che non fanno giustizia del principio di uguaglianza sostanziale o di equità di cui all'art. 3 Cost.

¹¹ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & politica*, in www.units.it/etica/2006_1/PINO.htm, 2006.

¹² La ratio di fondo dell'attività di bilanciamento è acutamente compendiata nella già citata decisione della Consulta n. 85/2013, resa in merito al Caso ILVA. In tale fattispecie la Corte Costituzionale, chiamata ad operare il bilanciamento tra il diritto alla salute e ad un ambiente salubre, sancito dall'art. 32 Cost. ed il diritto al lavoro stabilito dall'art. 4 Cost., ha stabilito che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo “fondamentale”, contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona».

In altri termini, la Consulta ha chiarito che l'aggettivo fondamentale non permette di trarre una gerarchia rigida dei principi costituzionali in ragione di un'interpretazione letterale delle disposizioni.

Il principio espresso, notevolmente criticato dall'opinione pubblica, ha ad ogni modo condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale del d.l. 92 del 4 luglio 2015 (sentenza n. 58 del 2018), sempre riguardante lo stabilimento ILVA, e dunque sempre riferito al bilanciamento tra diritto alla salute e diritto al lavoro, appunto per una manifesta irragionevolezza.

Ciò dimostra, come sostiene F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in questa rivista, n. 32/2020, 18 novembre 2020, p. 198, che l'operazione di bilanciamento non opera in modo rigido e predeterminato, ma “calza” ad ogni singola fattispecie. Se ne deduce, pertanto, anche una chiara componente “politica” che influenza tale operazione.

Va da sé che tale operazione, non essendo imbrigliata in estrinseche e codificate regole di risoluzione delle antinomie¹³, sottostia ai canoni generali dell'attività pubblica *lato sensu* intesa: proporzionalità e ragionevolezza¹⁴.

Canoni che, volutamente, non hanno una definizione legislativa precisa, ma che riecheggiano concetti di giustizia sostanziale di facile ed intuibile portata¹⁵.

¹³ Alla luce di quanto innanzi detto, infatti, a difettare sono appunto le antinomie, non essendovi alcuna graduazione dei diritti costituzionali.

¹⁴ Per F. SCALIA, *op. cit.*, 190-191, il principio di proporzionalità è principio generale dell'ordinamento europeo che deve orientare tutta l'attività comunitaria, nonché parametro di "validità" delle misure nazionali e comunitarie che incidono sui diritti fondamentali. Cfr. G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 26 settembre 2017. Si osservi che per "misure" si intende l'insieme dei possibili atti, legislativi e non, frutto dell'attività amministrativa degli stati sovrani o della comunità europea.

¹⁵ Il test di proporzionalità delle misure nazionali o comunitarie si sviluppa attraverso una triplice verifica. In primo luogo, si verifica la "idoneità" della misura a realizzare gli obiettivi prefissati (idoneità della misura). In secondo luogo, si valuta se la misura prescelta sia –tra le possibili– quella che meno configge con altri interessi (necessità della misura). In terzo luogo, si verifica il rapporto tra i vari interessi in conflitto (proporzionalità della misura). Più forte sarà l'incidenza della misura sugli interessi coinvolti, maggiore sarà l'approfondimento della verifica di proporzionalità.

Sull'applicazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza nell'impianto costituzionale cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 12 novembre 2013. *Amplius*, sui principi di proporzionalità e ragionevolezza, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. *ex multis* P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Cedam, Padova, 1993; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 420-422; A. SANDULLI, *La proporzionalità dall'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1998; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Cedam, Padova, 1998; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 7, 2002, pp. 437-451; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE, A. SPADARO, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 96-98; M.A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, Vol. V, p. 4641-4645 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, ESI, Napoli, 2007; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, in *Atti del 2° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile* (S.I.S.Di.C.), Capri 18, 19, 20 aprile 2006, I, Napoli, 2007; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 109-111; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 21-24; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, ESI, Napoli 2011; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 2011; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Giappichelli, Torino, 2011; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 370-372; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi ... cit.*, pp. 388-390; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi*, Giuffrè, Milano, 2013; M. BARBERIS, *Eguaglianza, ragionevolezza e libertà*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, III, Mucchi, Modena, 2014, pp. 24-27; P. OTRANTO, *Principio di precauzione e potere sindacale di ordinanza*, in www.giustamm.it, 2015; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, pp. 122-144 spec. p. 142; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2016, 2016, pp. 361 ss.; sull'applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza nella cd. "funzione amministrativa neutrale" cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci, Bari, 2017; M. CORRADINO, *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. SCALIA, *Principio di precauzione ... cit.*, pp. 191-192; M.C. VITUCCI, *Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, ESI, Napoli, II, 2017, pp. 1093 ss.; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, relazione al 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., su *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 11, 12 e 13 maggio 2017; A. VACCA, *La ragionevolezza quale criterio decisivo - nel giudizio di costituzionalità*, in *Riv. dir. proc.*, Milano, 2/2019.

Con riferimento alla situazione emergenziale pandemica, è stato acutamente evidenziato che il corretto (o quanto meno auspicabile) bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti debba partire da un principio di respiro comunitario: il cd. principio di precauzione¹⁶.

La premessa maggiore del principio di precauzione è che le scelte politiche debbano necessariamente basarsi sui dati scientifici, operando il contemperamento delle esigenze coinvolte laddove le evidenze scientifiche non siano in grado di dimostrare in modo inequivoco l'assenza di rischi per la salute¹⁷.

Può osservarsi, quanto al tema oggetto di questa analisi, che l'assenza di dati scientifici certi in ordine alle modalità di diffusione e trasmissione del virus e sulla durata del periodo di incubazione e di virulenza, l'assenza di dati scientifici certi in merito alla copertura anticorporea a seguito di guarigione dal Covid-19, l'assenza di protocolli conclamati e linee guida per la cura delle manifestazioni gravi, hanno condotto ad un'applicazione del principio di precauzione tale da comprimere in modo piuttosto significativo tutte le altre libertà costituzionali potenzialmente confliggenti¹⁸.

È, infatti, proprio questa assenza di dati scientifici certi su cui basarsi che consente di ritenere le misure restrittive adottate assolutamente proporzionali¹⁹.

¹⁶ Il principio di precauzione trova il suo fondamento comunitario nel Trattato di Maastricht che lo pone al centro della politica comunitaria sull'ambiente. Esso «trova applicazione in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani possono essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità» (Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 sul principio di precauzione, COM/2000/0001). A rilevare quale elemento di tutela è, dunque, il rischio di danni che la scienza non riesce ad escludere. Tale impostazione estende enormemente l'ambito applicativo del principio. Ad oggi tale principio è codificato, nell'ordinamento italiano, nell'art. 301 del D. lgs. 152/2006 (codice dell'ambiente), secondo cui «In applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione.

L'applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva».

¹⁷ La stessa Corte costituzionale ha sancito che il legislatore debba operare seguendo le indicazioni della comunità scientifica, aggravando l'onere motivazionale delle scelte politiche ogni qual volta le stesse intendano disattendere la posizione dei tecnici (Corte cost., 40/2004). G. ZAGREBELSKY, *La regola e l'eccezione ... cit.*, afferma che non possa neppure residuare una possibilità di scelta da parte del legislatore (o della politica) nel caso in cui la posizione della comunità scientifica sia assolutamente unanime. Tale impostazione chiarisce il ruolo fondamentale che ricopre il comitato tecnico scientifico nominato per la gestione dell'emergenza sanitaria anche se, l'evoluzione della situazione ha dimostrato come tale comitato sia assunto ad organo consultivo non vincolato per le scelte del governo.

¹⁸ Il diritto costituzionale alla salute esprime una «posizione giuridica complessa e tripartita, fondata essenzialmente sul riconoscimento della salute come valore sociale, che attribuisce al singolo la titolarità sia di un diritto sociale (pretesa alle prestazioni e all'attività pubblica in campo sanitario), sia di un diritto di libertà (pretesa di astensione da ogni interferenza illegittima nella sfera di autodeterminazione del singolo e diritto ad un ambiente salubre) e, correlativamente, gli impone un dovere (che è sostanzialmente quello di concorrere, anche attraverso limitazioni della sua libertà, a preservare la salute pubblica)» cfr. F. SCALIA, *Principio di precauzione ... cit.*, p. 204; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1, 1983, p. 31.

¹⁹ F. SCALIA, *op. cit.*, p. 216 evidenzia, correttamente, che «lo stato di emergenza condiziona necessariamente il ragionevole bilanciamento dei diritti costituzionali, rendendo ragionevole la compressione del nucleo essenziale del diritto antagonista rispetto a quello minacciato e ritenuto prevalente, se resa astrattamente necessaria dalla garanzia di quest'ultimo». Nella stessa direzione cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Emergenza epidemiologica e processo amministrativo*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ E F. SGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, Vol. II, *Covid-19 e sostegno alle imprese e alle pubbliche amministrazioni*, pp. 191 ss.; nonché Id., *Liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi in relazione all'emergenza Covid-19*, *ivi*, pp. 215 ss. In senso parzialmente conforme, ponendo l'accento sullo stravolgimento dei principi fondanti del sistema di giustizia amministrativa, cfr. l'analisi critica di M.A. SANDULLI, *Nei giudizi amministrativi la nuova*

Ciò proprio in ragione della declinazione del diritto alla salute anche quale “dovere attivo” di concorrere a preservare la salute pubblica, sicchè la sua tutela passa anche attraverso la prescrizione di comportamenti cogenti a carico dei *cives*²⁰.

3. Il “diritto” al processo nell'emergenza pandemica

Il bilanciamento posto alla base della disciplina emergenziale pandemica ha condotto, in ossequio al surrichiamato principio di precauzione, alla limitazione, a volte drastica, di alcune libertà fondamentali riconosciute dalla carta costituzionale.

In particolare, per quanto d'interesse nell'odierna indagine, la necessità di bilanciamento si è resa necessaria rispetto alla libertà di circolazione ed al diritto di difesa.

I due diritti fondamentali innanzi richiamati, nella prospettiva della legislazione pandemica, appaiono legati a doppio filo.

L'esercizio dell'attività giurisdizionale, cui si riconnette la tutela del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., infatti, presuppone appunto la massima esplicazione della libertà di circolazione, dovendo essere garantito l'accesso agli uffici giudiziari.

Si osservi, in tal senso, che il pieno rispetto di tutte le declinazioni del diritto di difesa richiede che agli operatori del settore, quali vettori delle istanze della cittadinanza, sia consentito il massimo accesso agli uffici giudiziari per l'esercizio dell'attività difensiva innanzi agli organi giudiziari.

Un accesso che deve essere ampio e libero.

Pertanto non può non rilevarsi come le limitazioni imposte alla libertà di circolazione incidano *ex se* anche sull'esplicazione del diritto di difesa.

*sospensione dei termini è “riservata” alle azioni: neglette le posizioni dei resistenti e dei controinteressati e il diritto al “pieno” contraddittorio difensivo. Con postilla per una proposta di possibile soluzione, in Questa rivista, 2020; Id., Vademecum sulle ulteriori misure anti-covid 19 in materia di giustizia amministrativa: l'art. 84 del decreto “Cura Italia”, in L'Amministrativista, 17 marzo 2020; F. FRANCARIO, Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme, in Questa rivista, 2020, n. 1; Id., L'emergenza Coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo, *ivi*, 11 marzo 2020. In termini C. VOLPE, Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?, in www.giustizia-amministrativa.it, 12 maggio 2020; R. DE NICTOLIS, Il processo amministrativo ai tempi della pandemia, *ivi*, 16 aprile 2020.*

²⁰ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute ... cit.*, p. 31. Vedi *supra* nota 17. Portando alle estreme conseguenze tale ultima riflessione, peraltro, si può fondatamente ritenere che l'esito del proficuo bilanciamento tra gli interessi toccati dall'emergenza pandemica si risolva già all'interno del solo nucleo essenziale del diritto alla salute, il quale contempla in sé anche la eventuale necessità di limitazioni.

Talché, seguendo tale abbrivio, l'operato bilanciamento sarebbe soltanto “apparente”, in quanto non vi sarebbe nessun contrasto tra più interessi costituzionali ma, al contrario, soltanto la massima esplicazione del diritto alla salute in tutte le sue declinazioni, attive e passive.

Una siffatta interpretazione, tuttavia, pur conducendo al medesimo risultato concreto, riecheggerebbe un primato assoluto della salute quale diritto fondamentale *superior inter pares*, ponendosi in contrasto con tutta la dottrina e giurisprudenza innanzi richiamate, che sposano un atteggiamento più cauto ed incentrato a non creare rischiosi precedenti di supremazia assoluta di un diritto sugli altri.

Orbene, proprio l'espresso richiamo contenuto nell'art. 16 Cost. alla possibilità di limitare la circolazione per ragioni di sanità o di sicurezza, ha reso il bilanciamento costituzionale di facile soluzione²¹.

D'altronde, stante la totale incertezza scientifica, l'unica soluzione –almeno nella fase iniziale dell'emergenza– in grado di rispettare il canone di precauzione era appunto quella di limitare i contatti tra tutti i cittadini (il cd. distanziamento sociale), al fine, non soltanto di ridurre i contagi, ma anche di permettere il tracciamento degli stessi.

La limitazione imposta, dunque, rispondeva ad una duplice esigenza: cautelativa, per ridurre i contagi, e programmatica, per permettere l'organizzazione della risposta del sistema sanitario.

La facilità di risoluzione del bilanciamento, tuttavia, si complica nella prospettiva della libertà di circolazione finalizzata alla tutela del diritto di difesa.

Com'è evidente ed intuibile la celebrazione dei processi ha sempre presupposto, almeno fino ad oggi, la piena libertà di circolazione.

²¹ In tal senso R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano ... cit.*, p. 538. Tuttavia non sono mancate opinioni contrarie, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che hanno equiparato le misure di *lockdown* totale ad una sorta di misura cautelare personale (arresto domiciliare). Ciò determinerebbe una commistione tra libertà di circolazione e libertà personale, rispetto alla quale sussiste la riserva di giurisdizione che risulterebbe violata. Cfr. A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 1/2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali ... cit.*; A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 1/2020, pp. 210 ss.; Di rilievo in tale ottica è la decisione del G.I.P. di Reggio Emilia del 27.1.2021 con cui si è dichiarato il non luogo a procedere per il reato di cui all'art. 483 c.p. (falso ideologico in autocertificazione) in quanto «deve rilevarsi la indiscutibile illegittimità del DPCM del 8.3.2020, evocato nell'autocertificazione sottoscritta da ciascun imputato ... Tale disposizione, stabilendo un divieto generale e assoluto di spostamento al di fuori della propria abitazione, con limitate e specifiche eccezioni, configura un vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare. Tuttavia, nel nostro ordinamento giuridico, l'obbligo di permanenza domiciliare consiste in una sanzione penale restrittiva della libertà personale che viene irrogata dal Giudice penale per alcuni reati all'esito del giudizio (ovvero, in via cautelare, in una misura di custodia cautelare disposta dal Giudice, nella ricorrenza dei rigidi presupposti di legge, all'esito di un procedimento disciplinato normativamente), in ogni caso nel rispetto del diritto di difesa. ... infatti, l'art. 13 Cost. stabilisce che le misure restrittive della libertà personale possono essere adottate solo su "...atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge"; primo corollario di tale principio costituzionale, dunque, è che un DPCM non può disporre alcuna limitazione della libertà personale, trattandosi di fonte meramente regolamentare di rango secondario e non già di un atto normativo avente forza di legge; secondo corollario del medesimo principio costituzionale è quello secondo il quale neppure una legge (o un atto normativo avente forza di legge, qual è il decreto-legge) potrebbe prevedere in via generale e astratta, nel nostro ordinamento, l'obbligo della permanenza domiciliare disposto nei confronti di una pluralità indeterminata di cittadini, posto che l'art. 13 Cost. postula una doppia riserva, di legge e di giurisdizione, implicando necessariamente un provvedimento individuale, diretto dunque nei confronti di uno specifico soggetto, in osservanza del dettato di cui al richiamato art. 13 Cost ... non può neppure condividersi l'estremo tentativo dei sostenitori, ad ogni costo, della conformità a Costituzione dell'obbligo di permanenza domiciliare sulla base della considerazione che il DPCM sarebbe conforme a Costituzione, in quanto prevederebbe delle legittime limitazioni della libertà di circolazione ex art. 16 Cost. e non della libertà personale. Infatti, come ha chiarito la Corte Costituzionale la libertà di circolazione riguarda i limiti di accesso a determinati luoghi, come ad esempio, l'affermato divieto di accedere ad alcune zone, circoscritte che sarebbero infette, ma giammai può comportare un obbligo di permanenza domiciliare (Corte Cost., n. 68 del 1964). In definitiva, la libertà di circolazione non può essere confusa con la libertà personale: i limiti della libertà di circolazione attengono a luoghi specifici il cui accesso può essere precluso, perché ad esempio pericolosi; quando invece il divieto di spostamento non riguarda i luoghi, ma le persone allora la limitazione si configura come vera e propria limitazione della libertà personale. Certamente quando il divieto di spostamento è assoluto, come nella specie, in cui si prevede che il cittadino non può recarsi in nessun luogo al di fuori della propria abitazione è indiscutibile che si versi in chiara e illegittima limitazione della libertà personale». Si è però correttamente evidenziato che, oltre ad incidere su una libertà differente (quella di circolazione), la misura del *lockdown* ha differente funzione e natura rispetto ad una misura detentiva, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza ... cit.* In tal senso appare –ad avviso dello scrivente– risolutiva la circostanza per cui la violazione delle misure di quarantena conduca all'applicazione di una sanzione amministrativa, senza configurare illecito penale.

La limitazione di circolazione doveva, pertanto, necessariamente essere seguita da una pari misura concernente lo svolgimento dei processi.

Differentemente, infatti, la “clausola di chiusura” della misura di *lockdown*, che consentiva comunque gli spostamenti per ragioni di salute, necessità o lavoro, avrebbe di fatto sottratto l'intero settore della giustizia alle misure restrittive emergenziali.

Tuttavia, l'attività giudiziaria non poteva essere sospesa, ancorché temporaneamente, *sic et simpliciter*.

La funzione giurisdizionale, infatti, appartiene al novero di quelle attività essenziali che, anche in caso di eccezionalità, devono essere garantite.

A fortiori, in seno ad un'emergenza pandemica, ove il controllo del potere giudiziario diviene impreteribile, proprio per garantire appieno la tutela del diritto alla salute²².

Sospendere l'attività giurisdizionale, pertanto, avrebbe determinato una *deminutio* di tutela dello stesso diritto alla salute, conducendo ad un corto circuito giuridico, in cui la tutela della salute limitava se stessa.

Il bilanciamento tra il diritto alla salute ed il “diritto al processo”, quindi, non poteva risolversi in una mera sospensione della funzione stessa, la quale avrebbe messo a rischio lo stesso diritto tutelato, né allo stesso tempo l'esercizio del potere giudiziario poteva essere garantito in spregio alle necessarie cautele per contenere il contagio.

La ponderazione ha dunque preferito il sacrificio di alcune “facoltà” processuali, e per l'utilizzo di vere e proprio *fictione*, che raggiungessero un sostenibile punto di sintesi tra i due diritti in conflitto²³.

Si è così deciso di rafforzare alcuni istituti e di potenziare l'uso della telematica, sacrificando il baluardo della “oralità” e della “pubblicità” delle udienze e della contestuale presenza di tutti i soggetti interessati.

In particolare, per quanto attiene all'odierno ambito di indagine, la scelta è stata dapprima quella di imporre un contraddittorio scritto assoluto, successivamente affiancando la possibilità di un'udienza di discussione da remoto che secondo una *fictione iuris* surrogasse a tutti gli effetti l'udienza “in presenza”, ed infine abbandonare totalmente la trattazione scritta coatta a favore della sola udienza telematica²⁴.

²² Si pensi, esemplificativamente, a tutta la giurisdizione volontaria necessaria alla nomina di tutori e/o amministratori di soggetti che, a causa dello stesso Covid, erano in stato di incoscienza indotta e, dunque, non in grado di prendere decisioni anche riguardo il proprio stato di salute. Parimenti si pensi ai casi in cui l'intervento del Giudice avrebbe potuto essere necessario per garantire l'intervento medico. Tali casi appaiono soltanto esplicativi della necessità di garantire l'esercizio del potere giurisdizionale. Con specifico riferimento all'ambito di odierna indagine, il processo amministrativo, si pensi alla necessità di garantire il controllo giurisdizionale anche sulle attività amministrative direttamente incidenti sulla gestione dell'emergenza pandemica.

²³ Il reale bilanciamento è stato raggiunto dopo una prima serie di interventi che, in quanto adottati immediatamente dopo o contestualmente alla disposizione di *lockdown* nazionale, hanno previsto un primo “blocco” dell'attività per permettere la predisposizione di misure idonee nel medio-lungo periodo.

²⁴ La sintesi dell'evoluzione degli interventi legislativi è sommaria e volutamente imprecisa per dar rilievo alla successione dei soli istituti “stabil” che hanno poi condotto al modello definitivo. Per una ricostruzione puntuale dell'evoluzione legislativa ved. nota successiva.

Un tale scelta, ha imposto la predisposizione di precise regole “di ingaggio” che, in ogni caso, hanno compresso con forza le facoltà difensive delle parti.

4. Il processo amministrativo nella fase emergenziale

La gestione del processo amministrativo nell'emergenza pandemica si è snodata sostanzialmente in quattro fasi evolutive²⁵, corrispondenti ai vari interventi legislativi, fino a giungere ad un modello “definitivo” proposto per rispondere alla “seconda ondata pandemica”.

²⁵ C. VOLPE, *Il superamento del “processo cartolare coatto”. Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, pp. 2-3.

Fase 1: un primo intervento, adottato all'indomani del primo *lockdown* territoriale (per la zona veneto-lombarda), aveva previsto *tout court* la sospensione dei termini per il compimento di qualsivoglia atto processuale ed il rinvio d'ufficio delle udienze (Art. 10, co. 17, d.l. 2 marzo 2020 n. 9).

La *ratio* della norma era già facilmente intuibile: sospendere momentaneamente l'attività giudiziaria in attesa dell'adozione di un *corpus* più organico che regolamentasse lo svolgimento dei processi nel rispetto del distanziamento sociale.

Tuttavia l'applicazione di tale disciplina risultava meno pratica ed immediata di quanto apparisse *prima facie*.

Difatti, mentre erano sospesi tutti i termini processuali per le attività da svolgersi nei comuni interessati dal primo *lockdown* territoriale, parimenti venivano sospese le udienze dei processi i cui procuratori (o parti costituite personalmente) fossero residenti o domiciliate in uno dei comuni oggetto di restrizioni.

Un tale meccanismo –giustificato dalla necessità di intervenire con immediatezza rispetto all'esplosione del focolaio pandemico veneto-lombardo–, però, conduceva all'assurda situazione in cui le udienze da celebrarsi negli Uffici aventi sede nei comuni oggetto di *lockdown*, non avrebbero dovuto essere rinviate d'ufficio ove i procuratori nominati (o le stesse) fossero stati residenti fuori dalla zona di limitazione.

Ipotesi, questa, non così remota nel giudizio amministrativo, *a fortiori* rispetto al T.A.R. Lombardia, sede di Milano investito ai sensi dell'art. 14 c.p.a. della competenza funzionale inderogabile per le controversie aventi ad oggetto l'esercizio dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Né tale contraddittorietà poteva essere corretta in ragione del richiamo alla domiciliatura. Con l'introduzione del comma 1 *ter* all'art. 25 c.p.a, ad opera del d.l. 31 agosto 2016, n. 168, era infatti l'esclusa la previsione della domiciliatura necessaria nel comune di sede del competente T.A.R.

Fase 2: la situazione di potenziale incertezza, tuttavia, è durata soltanto alcuni giorni.

Con l'estensione del *lockdown* a tutto il territorio nazionale, si rendeva necessario un intervento “globale” su tutto il sistema processuale amministrativo.

Con l'art. 3 del d.l. 8 marzo 2020, n. 11, pertanto, si decise per un'iniziale applicazione della disciplina del periodo feriale, stabilita dall'art. 54 c.p.a., fino al 22 marzo.

Fase 3: detto provvedimento, però, fu quasi immediatamente sostituito –con efficacia retroattiva– dal successivo art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. Decreto “Cura Italia”). In particolare detta ultima disposizione disciplinava –in maniera simile al d.l. 11– l'attività giurisdizionale amministrativa sempre a partire dal 8 marzo 2020, mentre il d.l. 11/2020 non sarebbe stato poi convertito in legge, permettendo, dunque, la sovrapposizione legislativo tra le due norme (antinomia in ogni caso risolta in ragione del principio di successione temporale delle leggi).

L'art. 84, eliminava la possibilità di trattazione (tanto in presenza quanto da remoto), introducendo il cd. “contraddittorio cartolare coatto”, rappresentato dalla possibilità di uno scambio di note esplicative entro due giorni liberi prima dell'udienza (sia di merito che cautelare).

Fase 4: con l'adozione dell'art. 4 d.l. 30 aprile 2020 n. 28 viene (re)introdotta la disciplina dell'udienza da remoto.

In ragione della sovrapposizione temporale tra l'art. 84 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e l'art. 4 d.l. 30 aprile n. 28 si instaurava, fino al 31 luglio 2020, un sistema processuale duale: da un lato la possibilità di ricorrere al contraddittorio cartolare coatto oppure, alternativamente, la possibilità di richiedere una discussione da remoto, sempre salva la possibilità di mandare in decisione la controversia allo stato degli atti o richiedere un rinvio per discussione in presenza al termine del periodo emergenziale. Cfr. C. VOLPE, *op. cit.*, pp. 13 e ss.

Può, infine, individuarsi una “fase 5”, invero scollegata dalle precedenti, in quanto applicata dopo un periodo di “ritorno alla normalità”. L'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, per far fronte alla “seconda ondata pandemica”, ha riproposto soltanto la possibilità di discussione da remoto senza l'alternativa del contraddittorio totalmente ed esclusivamente cartolare.

Il filo conduttore degli interventi legislativi si è incentrato sul rafforzamento della telematizzazione dei processi, giungendo ad escludere quasi totalmente l'accesso agli uffici giudiziari²⁶.

Appare opportuno osservare che, a differenza degli altri plessi giurisdizionali, il modello processuale amministrativo già si prestava ad una telematizzazione “forte”. Ciò –tanto in ragione del già vigente Processo Amministrativo Telematico che, a differenza del processo civile ordinario, prevedeva un sistema totalmente telematizzato anche di introduzione dei giudizi, escludendo *in toto* la necessità di accesso agli uffici– quanto per la stessa struttura del processo, che non prevede un'attività istruttoria di costituzione della prova in contraddittorio, cui si riallaccia necessariamente la comparizione innanzi al Collegio giudicante dei soggetti coinvolti nella formazione della prova stessa²⁷.

Gli interventi della legislazione pandemica sulla giurisdizione amministrativa, pertanto, sono stati differenti da quelli adottati per gli altri processi ad hanno permesso, in realtà, sebbene con alcune difficoltà, la prosecuzione dell'attività giudiziaria senza soluzione di continuità.

Come detto, il modello “definitivo” del “processo amministrativo pandemico” è infine emerso dal combinato disposto tra l'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020 n. 28 e l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020 n. 137²⁸, adottato per far fronte alla cd. “seconda ondata” pandemica.

Il quadro conclusivo, dunque, superando i problemi emersi nelle originarie fasi relativamente alla tutela cautelare “monocraticizzata” ed al contraddittorio cartolare coatto “puro”²⁹, delineava un processo

²⁶ Il riferimento è all'accesso degli avvocati agli uffici. Al contrario la presenza degli operatori interni all'ufficio è rimasto necessario, ancorché temperato dalle modalità di *smart working*. Una volta definito il quadro normativo, l'accesso agli uffici risultava dunque limitato a minime attività di segreteria, mentre la celebrazione dei processi, ove disposta in contraddittorio verbale, è stata totalmente telematizzata.

²⁷ È noto che il processo amministrativo preveda la possibilità di utilizzo dei mezzi istruttori indicati dal codice di procedura civile, eccettuati l'interrogatorio formale o il giuramento. Tuttavia, lo stesso art. 63 c.p.a. espressamente sancisce che la formazione della prova costituenda debba avvenire in forma scritta, escludendo pertanto qualsivoglia contatto diretto tra il Collegio e soggetti esterni. Le ragioni di una tale configurazione della fase istruttoria devono ricondursi all'originaria struttura inquisitoria del contenzioso amministrativo (fatte salve le ipotesi di giurisdizione di merito), finalizzata alla mera verifica di legittimità del provvedimento, in cui «la completa verifica dei fatti di causa non era dovuta né consentita» A. POLICE, *I mezzi di prova e l'attività istruttoria*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Vol. XLII, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2014, pp. 435-436. Soltanto la successiva evoluzione giurisprudenziale e dottrina ha lentamente evoluto il processo amministrativo in un “processo delle parti”, giungendo dal modello inquisitorio ad un modello fondato sul principio dispositivo con metodo acquisitivo della prova, in cui «la prova diviene un qualcosa a disposizione sia delle parti che del giudice» M. DUGATO, *L'istruttoria*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007.

²⁸ Detto articolo, al secondo comma, ha riproposto quanto già previsto dall'art. 84 co. 5 d.l. 17 marzo 2020 n. 18, stabilendo che le ove non fosse stata richiesta la discussione da remoto, le controversie sarebbero passate in decisione senza discussione, sulla base degli atti depositati, salva la possibilità di definizione in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Deve osservarsi come, successivamente al 31 luglio 2020, si è avuto un periodo di “ritorno alle origini” con la normale celebrazione delle udienze secondo il paradigma classico tracciato dal c.p.a. Tuttavia, la recrudescenza dei contagi ha richiesto la riadozione di strumenti atti a limitare l'accesso agli uffici giudiziari, talché si è optato per l'integrale recupero del modello processuale pandemico emerso alla luce di tutti gli interventi legislativi emergenziali.

²⁹ Sulle criticità della legislazione emergenziale *ex pluris* cfr. M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Emergenza epidemiologica e processo amministrativo ... cit.* F. SAIITA, *Sulla decisione di procedere una tutela cautelare monocratica ex officio nell'emergenza*

caratterizzato da una chiara –ed invero necessaria– frustrazione del contraddittorio in presenza, “attenuata” però dalla possibilità di una discussione da remoto.

La regola generale, infatti, che ricorreva (e ricorre) ove non vi sia alcuna specifica richiesta delle parti, è quella del passaggio in decisione delle cause senza discussione, allo stato degli atti.

Invero tale scelta pare ricalcare ciò che nella prassi spesso accadeva nelle aule giudiziarie amministrative: esaurita la trattazione scritta, le parti propendevano per un passaggio in decisione immediato senza ulteriore contraddittorio.

Siffatta evenienza riposa sul fatto che il processo amministrativo, pur connotato dal carattere dell’oralità, esprime una trattazione scritta piuttosto corposa, che spesso permette di sviscerare le necessarie difese e controdifese prima di giungere all’udienza.

Tale connotazione è stata ulteriormente rafforzata con l’entrata in vigore del c.p.a. che ha scandito –in particolar modo per la fase cautelare– un sistema di termini di deposito che garantisce alle parti una compiuta e tempestiva valutazione in ordine alla necessità di arricchire le proprie difese in sede di udienza³⁰.

L’art. 4 d.l. 30 aprile 2020, n. 28, tuttavia, ha introdotto la possibilità di chiedere espressamente una discussione orale telematica con collegamento da remoto.

Tale possibilità, come detto, superava il contraddittorio cartolare coatto “puro”, garantendo in ogni caso la possibilità di una discussione in contraddittorio immediato.

Un primo punto di riflessione si individua nella totale eliminazione della pubblicità dell’udienza.

Se tale eliminazione appare ininfluenza rispetto alle camere di consiglio, che già si celebravano a porte chiuse, diverso è il caso per le udienze di merito, appunto, pubbliche.

Il principio di pubblicità del processo, infatti, costituisce una forma di garanzia del corretto esercizio della funzione giurisdizionale, prevista implicitamente dalla stessa Costituzione «quale conseguenza necessaria del fondamento democratico del potere giurisdizionale, esercitato appunto, come recita l’art. 101, in nome del popolo»³¹.

epidemiologica da Covid-19: chi? Come? Ma soprattutto, perché?, in *Questa rivista*, 6 aprile 2020; 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*, in *Questa rivista*, 31 marzo 2020. F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell’art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in www.lexitalia.it, 18 marzo 2020. F. FRANCARIO, *L’emergenza Coronavirus e la “cura” per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo.*, in *Questa rivista*, 23 marzo 2020.

³⁰ Esemplificativa, in tal senso, è l’introduzione del termine di due giorni liberi prima della camera di consiglio per la celebrazione degli affari cautelari, per il deposito di memorie e documenti (art. 55, co. 5 c.p.a.). A differenza di quanto accadeva nel rito *ante* D. lgs. 104/2010, in cui era possibile il deposito finanche nella camera di consiglio, l’introdotta preclusione garantisce alle parti ed al Collegio una conoscenza preventiva delle difese, talché la discussione in contraddittorio si avrebbe solo ove necessaria per controbattere a nuovi argomenti.

³¹ P. DI CESARE, *Il processo amministrativo nell’emergenza. Oralità, pubblicità e processo telematico*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 ottobre 2020. L’autore evidenzia come in sede costituente il principio venne inizialmente espresso nel

Nonostante tale evidente rilevanza, il sacrificio della pubblicità dell'udienza non ha destato particolari profili problematici in termini di compatibilità costituzionale³², attesa la carenza di precettività assoluta del principio³³.

D'altronde, la facoltà di "secretare" le udienze era già prevista dalla stessa normativa processuale amministrativa la quale, all'art. 87 c.p.a., conferiva al Presidente il potere di celebrare l'udienza a porte chiuse per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine pubblico o di buon costume. Ragioni nelle quali pare facilmente sussumibile l'emergenza sanitaria in corso.

La caratteristica, e probabilmente la criticità più evidente, di tale modello risiede invece, ad avviso dello scrivente, nella concreta sottrazione del "diritto di disporre della discussione" in capo alle parti.

Se nel processo amministrativo "ordinario"³⁴, sono le singole parti a disporre della facoltà di discutere, senza che il collegio o le controparti possa opporvisi, nel modello pandemico la richiesta di discussione orale da remoto non ha più lo stesso carattere di "potestatività"³⁵.

L'istanza, infatti, deve essere accolta soltanto «*se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite*» mentre, negli altri casi, è il Presidente del collegio a valutare il possibile accoglimento, anche in ragione delle opposizioni presentate dalle altre parti.

Inoltre, viene codificata la possibilità che sia il Presidente, anche senza impulso delle parti, a disporre la trattazione da remoto³⁶.

È evidente che il potere di disposizione della facoltà di discussione sia stato concretamente avocato in capo al Presidente del collegio, residuando l'obbligo di accogliere la richiesta soltanto nell'ipotesi –remota nella prassi– di istanza congiunta di "tutte" le parti costituite³⁷.

progetto dell'art. 101 (secondo comma: «*le udienze sono pubbliche, salvo che la legge per ragioni di ordine pubblico o di moralità disponga altrimenti*»). Successivamente, però, si ritenne tale previsione pleonastica, in quanto la pubblicità delle udienze era appunto «*conseguenza necessaria del fondamento democratico del potere giurisdizionale, esercitato appunto, come recita l'art. 101, in nome del popolo*». Pertanto il principio fu trasposto nelle singole normative processuali, ma non in modo rigido, prevedendo la sua derogabilità a fronte di situazioni particolari.

Nel senso della assenza di espressa costituzionalizzazione del principio di pubblicità cfr. V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in A. Pizzorusso V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, II, Giuffrè, Milano, 1985, p. 813.

³² Più correttamente in termini di bilanciamento del principio rispetto ai diritti coinvolti dall'emergenza pandemica.

³³ L.P. COMOGLIO, *Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. Dir. proc.*, 2002, pp. 702 e ss.; V. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*; in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1187; V. SORDI, *La disciplina giurisprudenziale del processo amministrativo nell'emergenza Covid*, in www.giustiziaciinsieme.it, 3 febbraio 2021.

³⁴ Per processo "ordinario" (nella presente trattazione) si intende quello celebrato, in tutti i suoi riti, al di fuori del momento emergenziale.

³⁵ C. VOLPE, *Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?*, ... *cit.*, pp. 9-10.

³⁶ Un tale possibilità non era prevista nel c.p.a., potendosi sempre verificarsi l'ipotesi in cui fosse il Presidente a caldeggiare una richiesta discussione per ottenere chiarimenti su punti eventualmente oscuri, ma rispetto alla quale le parti non avevano alcun obbligo di dar seguito, potendosi riportare agli scritti difensivi.

³⁷ Fin da subito la dottrina ha ritenuto che il potere di disporre dell'udienza in capo al giudice mettesse seriamente a rischio l'impianto costituzionale del giusto processo. V. SORDI, *Il principio dell'oralità secondo la giurisprudenza amministrativa nel periodo dell'emergenza Covid*, in www.giustiziaciinsieme.it, 27 maggio 2020; M.A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità*

È difatti abbastanza intuitivo ritenere che i procuratori costituiti, nel legittimo esercizio delle proprie facoltà defensionali, possano spesso non aderire –o addirittura opporsi– alla richiesta di discussione di un collega, ove tale eventualità possa indebolire le loro difese scritte. Ed in tal caso sarà il Presidente a dover valutare se “silenziare” anche l’istante.

Un punto di ancor maggiore criticità emerge, poi, rispetto alla tempistica di richiesta della trattazione da remoto.

La norma, infatti, stabilisce che la richiesta sia formulata, per le udienze di merito (anche da celebrarsi in camera di consiglio), entro il termine di deposito delle memorie di replica, mentre per gli affari cautelari almeno cinque giorni liberi prima della data di camera di consiglio.

Il collegamento tra detto termine e quello per il deposito delle memorie di replica, sembra propendere – nel silenzio della norma– per la perentorietà dello stesso³⁸. In tal senso, peraltro, milita anche la considerazione, di ordine meramente pratico, di dover permettere l’organizzazione e la calendarizzazione oraria dell’udienza stessa.

Tuttavia, la perentorietà pone un problema molto più evidente.

L’istanza di discussione, infatti, rischia di dover essere chiesta “al buio”³⁹, ovverosia quando non vi sia ancora la piena conoscenza di tutte le difese delle controparti; o, ancora peggio, si rischia di non aver tempestivamente presentato l’istanza quando, a fronte delle repliche avverse, la discussione si appalesa imprevedibile.

Tale criticità appare ancora più evidente per le trattazioni cautelari, ove il termine per la richiesta è fissato in cinque giorni liberi prima, mentre le difese possono essere depositate entro due giorni liberi dall’udienza.

Detto altrimenti, la parte è tenuta a valutare la richiesta di discussione quando non ha neppure contezza della eventuale costituzione in giudizio della controparte.

Né l’eventuale mancata richiesta di discussione, ove ne emerga successivamente allo spirare del termine la necessità, potrebbe essere “surrogata” dal deposito delle brevi note scritte previste dall’art. 4 co. 1, decimo periodo d.l. 30 aprile 2020 n. 28.

“condizionata” del processo amministrativo, in www.lamministrativista.it, 1 maggio 2020; M.A. SANDULLI, *Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in www.giustiziasieme.it, 4 maggio 2020. F. SAIITA, *Da Palazzo Spada un ragionevole no al “contraddittorio cartolare coatto” in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un’oralità ... a discrezione del presidente del collegio*, in *Questa rivista*; S. TARULLO, *Contraddittorio orale e bilanciamento presidenziale, prime osservazioni sull’art. 4 del d.l. 28 del 2020*, in *Questa rivista*, 13 maggio 2020; G. VELTRI, *Il processo amministrativo. L’oralità e le sue modalità in fase emergenziale: “tutto andrà bene”*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2 maggio 2020.

³⁸ C. VOLPE, *Il superamento del “processo cartolare coatto” ... cit.*, p. 7.

³⁹ C. VOLPE, *Il superamento del “processo cartolare coatto” ... cit.*, pp. 7-8, evidenzia che il rischio è che i procuratori richiedano in ogni caso la discussione da remoto, salvo poi rinunciare all’esito di una valutazione più approfondita della situazione. Ciò con evidenti e defatiganti aggravii a carico dell’ufficio giudiziario.

Seppure la locuzione di apertura del decimo periodo dell'art. 4 «*in alternativa alla discussione ...*» possa alimentare l'idea che le note d'udienza possano applicarsi a tutti i giudizi, la ricostruzione maggioritaria ha optato per una soluzione diametralmente opposta⁴⁰.

Le stesse Linee Guida del Presidente del Consiglio di Stato hanno sul punto chiarito che «si tratta di inedita ed eccezionale misura, alternativa al contraddittorio orale, fruibile dalle parti solo nell'ambito del rito di cui all'art. 4 del d.l. n. 28/2020 e dunque, solo quando le parti, singolarmente o congiuntamente, abbiano chiesto la discussione, o il Presidente l'abbia disposta d'ufficio»⁴¹.

La *ratio* di tale opzione risiede nella scelta di dover coordinare –seppur per il breve tempo di interregno– la disciplina dell'udienza da remoto di cui all'art. 4 d.l. 28/2020, con quella del contraddittorio cartolare coatto prevista dall'art. 84 d.l. 17/2020.

La soluzione adottata è stata quella di ritenere fino al 31 luglio 2020 (data di perdita di efficacia del d.l. 17 marzo 2020 n. 18) sussistente un doppio sistema processuale: da un lato il processo cartolare coatto, che prevedeva la possibilità di depositare note d'udienza alternative alla discussione (che non è tenuta) fino a due giorni prima dell'udienza; e dall'altro, il sistema di discussione da remoto che, invece, consente di depositare note d'udienza fino alle 12 del giorno precedente (prima fino alle 9 della mattina stessa) soltanto se fosse stata richiesta l'udienza di discussione e non si intendesse partecipare.

Tale coordinamento ha imposto un'interpretazione normativa che non duplicasse ingiustificatamente (ed illogicamente) la possibilità di presentare note d'udienza, con scadenze differenti, in modo da non creare un ulteriore sistema di contraddittorio cartolare che, di fatto, soppiantasse quello previsto dal c.p.a.

Ad ogni buon conto, l'opzione avallata appare rispondente e coerente con il modello processuale "ordinario". Difatti, atteso che le note d'udienza surrogerebbero la discussione, le stesse dovrebbero poter essere presentate soltanto allorquando le parti ritengano di voler fruire della facoltà di interloquire con il collegio.

D'altronde ciò è quanto succedeva (e succederà) nella fisiologica dinamica processuale, in cui le parti optano per una discussione soltanto ove la stessa dovesse rendersi necessaria in ragione delle difese

⁴⁰ S. TENCA, *Udienza da remoto e contraddittorio reale: una prassi (quasi) consolidata*, in www.primogrado.com, 8 febbraio 2021. In giurisprudenza, a favore della necessità della richiesta di discussione da remoto per poter presentare le note d'udienza T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 22 dicembre 2020, n. 899; T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 29 dicembre 2020, n. 910; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 14 dicembre 2020, n. 2891; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 5 gennaio 2021, n. 34. Di particolare interesse T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 7 gennaio 2021 n. 15, che ha ritenuto precluso il deposito di note anche in caso di richiesta di discussione tardivamente formulata, così avallando la perentorietà del termine per formulare l'istanza. Di segno opposto, ovverosia nel senso di ritenere sussistente la facoltà di presentazione delle note d'udienza a prescindere dalla richiesta di discussione da remoto T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 19 giugno 2020, n. 412; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 12 gennaio 2021 n. 13, in cui si è precisato che le note d'udienza non possono in ogni caso essere presentate ove la parte depositante si sia opposta alla richiesta di trattazione.

⁴¹ Presidenza del Consiglio di stato, *Linee Guida sull'applicazione dell'art. 4 del d.l. 28/2020 e sulla discussione da remoto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 25 maggio 2020.

articolate nelle memorie di replica. Superato il modello del processo cartolare coatto, o meglio al di fuori di esso, la facoltà di presentare note d'udienza deve necessariamente riallacciarsi alla volontà di discussione, differentemente creandosi una deroga generale al rigido sistema delle preclusioni processuali⁴².

Resta non chiarita la possibilità di depositare le note ad opera della stessa parte che ha richiesto la discussione. Un'esegesi logica sembrerebbe propendere per una risposta negativa, risultando quanto meno irragionevole che lo stesso istante presenti note e poi non presenzi all'udienza organizzata *ad hoc* dall'ufficio⁴³.

Né potrebbe sostenersi che il deposito delle note da parte del richiedente la discussione renda improcedibile lo svolgimento dell'udienza stessa. Accogliendo una tale opzione si consentirebbe una "disponibilità" dell'udienza che, da un lato, non è prevista dalla norma e, dall'altro, potrebbe potenzialmente castrare il diritto di difesa delle controparti.

Difatti, ove si permettesse una "rinuncia" implicita alla discussione attraverso il deposito delle note (sempre da parte del richiedente), si rischierebbe di frustrare il pari diritto delle controparti, dato che l'effetto di tale improcedibilità (intesa in senso atecnico) si verificherebbe al momento dello spirare del termine di deposito delle note stesse.

Talché la controparte, che avrebbe voluto partecipare all'udienza, si vedrebbe privata tanto della possibilità di depositare le note d'udienza, quanto di discutere innanzi al collegio.

Le perplessità innanzi rappresentante, tuttavia, rilevano soltanto rispetto al deposito di note aventi contenuto innovativo. Al contrario nessuna criticità pare emergere rispetto alla semplice richiesta di passaggio in giudicato.

L'alternatività di tale facoltà (di mera richiesta di passaggio in giudicato) è dunque "piena", potendo essere esercitata anche in assenza di una preventiva richiesta di discussione da remoto⁴⁴.

Qualora non si ritenga di chiedere la discussione da remoto, il contraddittorio si esaurisce inevitabilmente al deposito delle memorie di replica.

Se è pur vero, come innanzi tratteggiato, che tale evenienza ricalca quanto spesso accadeva durante la celebrazione delle udienze "in tempi ordinari", è altresì incontestabile che una tale mutilazione appare

⁴² Contrariamente, nella prassi, gli operatori hanno optato per il deposito delle note d'udienza anche in assenza di richiesta di discussione, a volte riesumando anche il dettato dell'art. 84 d.l. 18 marzo 2020 n. 17 e presentando le proprie note due giorni prima dell'udienza stessa.

⁴³ Neppure sembra plausibile sostenere la possibilità di concorrente deposito di note e di successiva discussione da parte del richiedente, atteso che la norma espressamente prevede l'alternatività dei due strumenti.

⁴⁴ In tal senso paiono militare le *Linee Guida sull'applicazione dell'art. 4 del d.l. 28/2020 e sulla discussione da remoto, cit.*, al cui punto 5 viene evidenziato come una tale situazione rispecchi la comune dinamica delle udienze ordinarie. In ogni caso si afferma espressamente che, pur permanendo la possibilità di richiedere il passaggio in decisione anche durante la discussione da remoto, se ne incentiva l'utilizzo anteriormente ed "in alternativa" a tale discussione che, pertanto, non è presupposto per il relativo deposito.

invero eccessiva. Viene totalmente impedito alle parti di poter valutare l'opportunità (ma soprattutto la necessità) di controdedurre sugli ultimi scritti difensivi avversari.

Ed infatti, rispetto al modello di contraddittorio cartolare coatto tracciato dall'art. 84 co. 5 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cessato il 31 luglio 2020), il processo amministrativo pandemico della "seconda ondata" non prevede più la possibilità di presentazione di brevi note esplicative entro due giorni liberi prima dell'udienza.

Tale modifica, letta alla luce di quanto innanzi chiarito in merito ai termini di richiesta della discussione da remoto, evidenzia una netta semplificazione⁴⁵ a scapito, tuttavia, del diritto delle parti ad un contraddittorio completo.

In continuità con i primi interventi emergenziali permane, poi, la scelta di prevedere la possibilità di decisione della controversia in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., omissis ogni avviso alle parti. La scelta, seppur coerente con la necessità di ridimensionare alcune facoltà processuali delle parti al fine di non paralizzare la prosecuzione dell'attività processuale, appariva fin dall'origine assolutamente e facilmente perfettibile.

L'art. 60 c.p.a. impone, quale presupposto per poter procedere ad una definizione completa della vicenda all'esito dell'udienza cautelare, il "sentire" le parti sul punto, dunque, il manifestare alle parti costituite l'eventuale volontà di definizione "semplificata"⁴⁶.

L'eventuale omissione di tale avviso costituiva, nel processo ordinario, violazione del principio del contraddittorio, cui si riallacciava la possibilità di impugnazione della sentenza con rinvio al primo giudice⁴⁷.

Nel modello processuale pandemico tale presupposto è stato espressamente eliminato, conferendo al collegio il potere "pieno" e incensurabile di decidere la controversia già all'esito dell'udienza cautelare.

Tale contrazione del diritto al contraddittorio appare assolutamente ingiustificata e, se pur ammissibile nell'incertezza della prima fase di emergenza, non trova alcuna giustificazione nell'assetto "finale" del modello processuale pandemico.

⁴⁵ C. VOLPE, *Il superamento del "processo cartolare coatto". Legislazione della pandemia ... cit.*, p. 13, sottolinea come, in ogni caso, il contraddittorio cartolare coatto fosse in ogni caso più comodo, anche per l'ufficio e certamente meno impattante sulla celerità dei processi.

⁴⁶ A. TRAVI, in *Foro It.*, 2003, III, p. 681. S. VERNILE, *Art. 60*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 2021, 590. Gli autori evidenziano come le parti debbano essere sentite in merito alla possibilità di decisione "anticipata" alla fase cautelare, sebbene non sia chiaro se le stesse parti possano interloquire anche rispetto alla sussistenza dei presupposti processuali per l'esercizio di tale facoltà da parte del Collegio.

⁴⁷ *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7982, nella quale viene chiarito che la comunicazione di possibilità di decisione semplificata deve essere contenuta nel verbale d'udienza, a nulla rilevando la sua indicazione in seno al testo della sentenza appellata. S. VERNILE, *Art. 60 ... cit.*

Nella ordinaria prassi processuale, difatti, a fronte dell'avviso di potenziale definizione semplificata della controversia durante la fase preliminare dell'udienza, le parti potevano decidere –sul momento– di discutere, in modo da arricchire le proprie difese o addirittura articolare quelle fino a quel momento non espresse per propria strategia processuale.

Al contrario ciò è inibito nel presente quadro pandemico in cui, al fine di scongiurare tale evenienza, deve essere abbandonata qualsiasi strategia difensiva.

Eppure, ad avviso dello scrivente, le soluzioni possibili e assolutamente coerenti con le finalità della legislazione emergenziale di tutela della salute erano di facile intuizione.

Una prima soluzione è stata offerta dalla stessa giurisprudenza –con orientamento rimasto isolato– la quale ha applicato gli strumenti già presenti nel c.p.a. In particolare, il collegio marchigiano ha ritenuto che, al fine di non sacrificare eccessivamente ed ingiustificatamente il diritto di difesa delle parti⁴⁸, la comunicazione della possibilità di decisione in forma semplificata potesse essere effettuata con ordinanza riconducibile al *genus* delle ordinanze di cui all'art. 73, co. 3 c.p.a.⁴⁹.

La criticità emersa avrebbe, in ogni caso, potuto essere risolta dalla stessa legislazione emergenziale attraverso due possibili soluzioni, alternative tra loro.

In primo luogo, stante proprio la necessità di bilanciamento tra i vari interessi in gioco, si sarebbe potuto optare per una sospensione –chiaramente *ad tempus*– della possibilità di definizione semplificata *ex art. 60 c.p.a.* delle controversie.

La dottrina ha da sempre ritenuto che la facoltà di decisione anticipata alla fase cautelare risponda ad esigenze di effettività della tutela, garantendo una celere conclusione della controversia in grado di offrire in tempi rapidi il raggiungimento (o la negazione) del bene vita anelato⁵⁰.

Tuttavia, la scelta di sospendere tale facoltà in fase pandemica, sarebbe stato il frutto di un giusto bilanciamento costituzionale tra l'effettività di tutela (comunque garantita dalla prosecuzione dei giudizi) e il diritto al contraddittorio (sicuramente preminente sulla mera esigenza di "efficacia").

Il parziale sacrificio della succitata efficienza di tutela, avrebbe rafforzato la garanzia del diritto di difesa delle parti.

⁴⁸ T.A.R. Marche Ancona, sez. I, Ord., 16 aprile 2020, n. 136, in cui «*considerato che: - sebbene l'art. 84, comma 5, del D.L. n. 18/2020 prevede che nel periodo 15 aprile-30 giugno 2020 le cause fissate in camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare possano essere decise con sentenza c.d. breve "... omesso ogni avviso ...", la norma, per quanto possibile, va applicata evitando un'ulteriore compromissione del diritto di difesa delle parti (che si aggiungerebbe alle altre introdotte dalla disciplina emergenziale); - ciò implica che l'avviso di cui all'art. 60 c.p.a. può essere dato con un'ordinanza riconducibile al genus di quella dell'art. 73, comma 3, c.p.a.; - pertanto, poiché nella specie il Collegio ritiene sussistenti i presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., la trattazione della domanda cautelare va differita ...*».

⁴⁹ L'art. 73 co. 3 c.p.a. prevede che, qualora il collegio intenda porre a fondamento della propria decisione una questione rilevata d'ufficio, debba darne avviso alle parti per permettere loro di interloquire sul punto.

⁵⁰ A. SCOGNAMIGLIO, *La decisione anticipata nel merito del ricorso: il processo amministrativo tra efficienza e garanzia delle parti*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 2007, p.122.

Diritto di difesa che, come visto, è stato oggetto delle maggiori contrazioni al fine di agevolare le misure di salvaguardia per la salute pubblica.

Peraltro, una tale opzione sarebbe stata particolarmente coerente con il quadro pandemico delle prime due fasi del processo amministrativo emergenziale, ove si era prevista la possibilità delle parti di chiedere il rinvio delle trattazioni ad un momento successivo allo spirare dell'emergenza sanitaria.

Alternativamente si sarebbe potuto introdurre, unitamente alla disciplina dell'udienza da remoto, l'obbligo a carico del collegio di fissare d'ufficio l'udienza di discussione da remoto, ove si fossero riscontrati presupposti per la definizione semplificata.

Un tale obbligo sarebbe risultato coerente con la disciplina stessa dell'udienza da remoto, che già in sé contemplava il potere officioso del collegio di disporre la discussione.

Attraverso un tale meccanismo, pertanto, si sarebbe raggiunto un perfetto punto di sintesi tra le esigenze in rilievo, tale da non condurre al sacrificio dell'efficienza della tutela, al contempo garantendo il pieno esplicarsi del diritto di difesa.

5. Un'occasione sprecata?

L'intera produzione legislativa emergenziale sul processo amministrativo è stata sinteticamente ma efficacemente compendiata nel motto «legislazione della pandemia o pandemia della legislazione?»⁵¹.

Tuttavia l'emergenza sanitaria, ancora in corso, avrebbe potuto costituire un'occasione da cogliere per valutare, ed eventualmente implementare, il costante *trend* nel cui solco la giurisdizione amministrativa ormai si colloca: quello della totale telematizzazione del processo.

Il Processo Amministrativo Telematico ha, invero, evidenziato la sua resilienza rispetto ad una situazione emergenziale che ha, di fatto, impedito la circolazione degli operatori del diritto⁵².

Tuttavia, l'esperimento dell'udienza da remoto, per come tracciato nella disciplina applicata, pur manifestando interessanti profili pratici⁵³, non appare ancora –a sommosso avviso dello scrivente– esportabile “in tempo di pace”.

⁵¹ C. VOLPE, *Il superamento del “processo cartolare coatto” ... cit.*, p. 14. L'autore, altrettanto efficacemente, riassume la caotica evoluzione legislativa evidenziando come «dalla semplificazione alla complicazione il passo è breve. La prima è complicata e resta un'aspirazione, la seconda appare semplificata e ci accompagna nella vita di tutti i giorni, in questo periodo che, proprio perché non privo di difficoltà, avrebbe bisogno di regole chiare e semplici».

⁵² In tal senso estremamente rilevanti sono state: la soppressione dell'obbligo di deposito della copia cartacea di cortesia (art. 7, co. 4 d.l. 31 agosto 2016, n. 168, abrogato dall'art. 4 d.l. 30 aprile 2020, n. 28), che ha così reso il processo totalmente “dematerializzato” e la modifica all'art 16 *ter* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, che ha reso valida la notifica a mezzo p.e.c. anche rispetto agli indirizzi desunti dal registro I.P.A., superando l'inerzia di molte amministrazioni che non avevano mai comunicato il proprio recapito per le notifiche telematiche ai registri ufficiali.

⁵³ È indubbio che un tale sistema, al netto delle criticità innanzi evidenziate, possa costituire un grande vantaggio per tutti gli operatori che potrebbero gestire contemporaneamente più udienze su tutto il territorio nazionale.

L'apporto della presenza fisica degli avvocati, il contatto visivo diretto con il collegio, la rilevanza preponderante della prossemica, rendono ineludibile che –in assenza di superiori ragioni– le udienze siano celebrate in presenza⁵⁴.

Al contrario, la telematizzazione totale del processo, pur nella salvaguardia della udienza in presenza, sarebbe preconizzabile attraverso un'evoluzione del “contraddittorio cartolare coatto”.

Pur condividendo le perplessità nell'applicazione generale di un tale sistema⁵⁵, non può tuttavia non valutarsi un possibile “contraddittorio cartolare alternativo alla discussione”.

Ferma restando, difatti, la fisiologica fissazione dell'udienza in presenza, potrebbe valutarsi la possibilità –affidata alla scelta congiunta delle parti– di consentire la sostituzione dell'udienza stessa con uno scambio di brevi note.

Ciò permetterebbe una deflazione *ex ante* del carico delle singole udienze, arrivando a celebrarsi soltanto le discussioni “effettive” o quelle per le quali le parti siano ancora indecise se procedere ad un semplice passaggio in decisione.

Il rischio di una strumentalizzazione del meccanismo cartolare ad opera di una delle parti, per menomare le facoltà difensive degli avversari, sarebbe facilmente aggirabile prevedendo che la scelta di sostituire la discussione in presenza con uno scambio di note debba essere congiuntamente richiesta da entrambe le parti –nello spirito di leale collaborazione– entro un termine successivo allo spirare della scadenza per il deposito delle memorie di replica.

Ciò in quanto soltanto dopo la lettura dell'ultimo scritto difensivo, le parti possono compiutamente valutare la necessità di ulteriori precisazioni e/o di una discussione⁵⁶.

Peraltro, la compatibilità di un tale sistema con i principi del processo amministrativo, ed in particolare con il principio dell'oralità, sarebbe confortata proprio dalle riflessioni della giurisprudenza in merito al contraddittorio cartolare coatto di cui all'art. 84 co. 5 d.l. 17 marzo 2020 n. 18.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha avuto modo di chiarire 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*”

⁵⁴ M.A. SANDULLI, *Cognita causa*, in www.giustizjainsieme.it, 6 luglio 2020; F. PATRONI GRIFFI, intervento al *webinar L'emergenza Covid e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro*, 30 luglio – 1 giugno 2020; P. DI CESARE, *Il processo amministrativo nell'emergenza. Oralità, pubblicità ... cit.*

⁵⁵ Sul processo cartolare coatto ved. F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ... cit.*; F. FRANCIOSI, *L'emergenza Coronavirus e la “cura” per la giustizia amministrativa ... cit.*

⁵⁶ In tal caso, al fine di evitare il distorto utilizzo delle note d'udienza per la formulazione di eccezioni preliminari (sollevabili anche in udienza), sarebbe opportuno prevedere che le note d'udienza non possano avere alcun contenuto innovativo delle difese già articolate, introducendo, di fatto, una preclusione –valevole soltanto per il contraddittorio cartolare– alla formulazione di eccezioni preliminari successivamente alla memoria di replica.

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»⁵⁷.

Sulla base di tale premessa i giudici di palazzo Spada ritengono non costituzionalmente compatibile un contraddittorio cartolare coatto che, appunto, non sia frutto di una libera opzione difensiva delle parti, imposto anche contro la volontà delle parti. Proprio –ed esclusivamente– in ragione di tale carattere coattivo, «il contraddittorio cartolare “coatto” costituirebbe una deviazione irragionevole rispetto allo “statuto” di rango costituzionale che si esprime nei principi del “giusto processo”»⁵⁸.

Se ne deduce, *a contrario*, la possibilità di predicare un contraddittorio cartolare “alternativo”, che non impedisca in modo assoluto l'oralità e che, soprattutto, sia integralmente demandato alla scelta delle parti⁵⁹.

Una tale impalcatura processuale, difatti, garantirebbe in ogni caso un contraddittorio pieno e paritario tra le parti.

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, Ord., 21 aprile 2020, n. 2538. In dottrina, V. Sordi

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, Ord., 21 aprile 2020, n. 2538, *cit.*, «... il comma 2 dell'art. 111 della Costituzione, nello stabilire che il “giusto processo” –qualsiasi processo– debba svolgersi “nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità”, impone, non solo un procedimento nel quale tutti i soggetti potenzialmente incisi dalla funzione giurisdizionale devono esserne necessariamente “parti”, ma anche che queste ultime abbiano la possibilità concreta di esporre puntualmente (e, ove lo ritengano, anche oralmente) le loro ragioni, rispondendo e contestando le quelle degli altri;

- lo stesso art. 24 della Costituzione –comprendendo, oltre al diritto di accesso al giudizio, anche 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;

- la tesi ermeneutica esposta è corroborata anche dall'interpretazione convenzionalmente orientata, sancita dalla Corte costituzionale (a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007) quale logico corollario del rinnovato rango interposto delle norme della Carta europea dei diritti dell'uomo (sia pure con la particolarità che, in tal caso, il giudice nazionale è tenuto ad una previa ricognizione degli esiti dell'attività ermeneutica condotta dalla giurisdizione internazionale);

- è noto che la Corte europea ha offerto una interpretazione evolutiva dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, che ha finito per ricomprendervi anche il processo e, prima ancora, il procedimento amministrativo (al concetto di “tribunale” sono state ascritte anche le autorità amministrative che, pur non esercitando una funzione propriamente giurisdizionale, sono tuttavia capaci di adottare “criminal offende” o che comunque incidono su “civil rights and obligations”);

- ebbene, il processo cartolare “coatto” si porrebbe in contrasto con la citata norma convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti, sotto un duplice aspetto;

- in primo luogo, il divieto assoluto di contraddittorio orale potrebbe rilevarsi un ostacolo significativo per il ricorrente che voglia provocare la revisione in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione resa dall'autorità amministrativa.

- sotto altro profilo, sarebbe evidente il contrasto con il principio della pubblicità dell'udienza: è noto che la Corte europea ha ritenuto che alcune situazioni eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare (quale, ad esempio, il carattere “altamente tecnico” del contenzioso) possano giustificare che si faccia a meno di un'udienza pubblica, purché l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, deve essere “strettamente imposta dalle circostanze della causa” (*ex plurimis*, sentenza 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza contro Italia* e sentenza 26 luglio 2011, *Paleari contro Italia*); anche, secondo la Corte Costituzionale la pubblicità del giudizio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenze n. 212 del 1986 e n. 12 del 1971);

- senonché, l'imposizione dell'assenza forzata, non solo del pubblico, ma anche dei difensori, finirebbe per connotare il rito emergenziale in termini di giustizia “segreta”, refrattaria ad ogni forma di controllo pubblico».

⁵⁹ Sul punto pare il caso di citare T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 29 maggio 2020, n. 2074 il quale, nel sostenere la costituzionalità del contraddittorio cautelare coatto –seppur sempre limitatamente nel tempo–, evidenzia come non sarebbero estranee all'ordinamento fattispecie di deroga all'oralità processuale. In particolare si conoscono modelli processuali a trattazione scritta, quali il giudizio innanzi alla Cassazione *ex art.* 352 c.p.c. e il rito camerale tributario di cui all'art. 33 D. Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

L'alternatività rispetto al fisiologico svolgimento dell'udienza di discussione, poi, (peraltro demandata alla scelta congiunta delle parti) garantirebbe in ogni caso la possibilità di interfacciarsi con il giudice naturale della controversia, non depersonalizzando del tutto la funzione giurisdizionale, né sottraendo la stessa al controllo della pubblica udienza.

6. Conclusioni

Tirando le somme degli spunti di riflessione innanzi proposti, senza pretesa alcuna di esaustività, non può non notarsi come il processo amministrativo, rispetto ad altri plessi giurisdizionali, sia in ogni caso riuscito a garantire la celebrazione dei processi senza soluzione di continuità.

La necessità di intervenire con rapidità ha sicuramente costituito un forte ostacolo ad una disciplina chiara ed omogenea, provocando appunto quella “pandemia della legislazione” colta dalla dottrina⁶⁰.

Se ciò, tuttavia, era pienamente ammissibile nella gestione della prima ondata, lo stesso non può predicarsi rispetto alla disciplina dell'ottobre 2020, rispetto alla quale v'era stato un lungo periodo “di latenza” per analizzare le criticità sollevate dalla dottrina e dagli *stakeholders* e così correggere la disciplina emergenziale. Ciò, probabilmente, avrebbe permesso l'espressione di soluzioni processuali potenzialmente trasportabili anche in tempi “ordinari”.

Il riferimento è chiaramente ad un sistema di trattazione scritta “non coattivo”, alternativo (e non sostitutivo) alla celebrazione orale.

Sistema che, al contrario, è stato totalmente accantonato dal d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, in favore della più farraginoso –ancorché più rispettosa dei principi processuali⁶¹– udienza da remoto.

Come innanzi prospettato, una tale soluzione avrebbe potuto essere mutuata anche successivamente alla fine –che si auspica prossima– del periodo emergenziale, così traendo dal momento di crisi l'opportunità per un –seppur piccolo– “rinnovamento” del processo amministrativo verso una telematizzazione “piena”.

⁶⁰ C. VOLPE, *Il superamento del “processo cartolare coatto” ... cit.*, p. 14.

⁶¹ Sarebbe più corretto dire che l'udienza da remoto, dal punto di vista del bilanciamento costituzionale della misura, palesi meno profili critici rispetto ai principi di celebrazione del processo amministrativo.