GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Ancora dubbi applicativi sulla (nuova) disciplina della discussione orale da remoto dettata dall'art. 25 d.l. n. 137/2020

di Veronica Sordi

2 dicembre 2020

Ancora dubbi sulla (nuova) disciplina della discussione orale da remoto (art. 25 d.l. n. 137/2020) [1]

Veronica Sordi

In risposta all'esigenza manifestata dalle associazioni rappresentanti la magistratura amministrativa di disporre interventi normativi urgenti per continuare a garantire la tutela della salute di tutti (magistrati, avvocati, personale amministrativo), oltre che l'efficiente e il regolare svolgimento delle udienze, alla luce dell'evoluzione della pandemia da Covid-19 (consistenti, in particolare, nella richiesta di svolgimento delle udienze da remoto)[2], il Governo ha adottato il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 ("*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19* "), il quale ha "riportato in vita" il regime emergenziale introdotto, dapprima con l'art. 84, d.l. n. 18/2020 e, successivamente, dall'art. 4[3] d.l. n. 28/2020, come convertito nella l.n. 70/2020[4].

Nello specifico, il nuovo decreto, all'art. 25, rubricato "*Misure urgenti relative allo svolgimento del processo amministrativo*"[5], ha stabilito

- al primo comma, che le udienze pubbliche e le camere di consiglio che si svolgono dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021 soggiacciono alle previsioni dettate dall'art. 4, comma 1, d.l. n.

28/2020, che disciplinano la discussione orale da remoto, a richiesta di tutte le parti costituite o disposta *ex officio* dal giudice;

- al secondo comma, il passaggio in decisione sulla base degli atti depositati e senza discussione orale – salvo, ovviamente, che non venga disposta la discussione da remoto -, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata *ex* art. 60 del c.p.a., omesso ogni avviso (analogamente a quanto era stato previsto ai sensi dell'art. 84, co. 5 d.l. 18/2020);

- al terzo comma, che l'istanza di discussione orale da remoto per le udienze pubbliche e camerali, nel periodo compreso dal 9 al 20 novembre 2020, può essere presentata fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza camerale.

In altre parole, dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021, le udienze, pubbliche e camerali, non si svolgeranno più in presenza, con la conseguenza che le controversie saranno decise senza discussione sulla base degli atti depositati, ferma restando (i) la possibilità, su richiesta di parte o d'ufficio, che venga disposta la discussione orale da remoto, e (ii) la possibilità di definizione del giudizio in sede cautelare con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'articolo 60 del c.p.a.

Si precisa che (dopo una fase transitoria per le udienze calendarizzate nel periodo dal 9 al 20 novembre, nella quale, ai sensi dell'art. 25, comma 3, l'istanza di discussione poteva essere presentata "fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza camerale") la discussione orale può essere richiesta dalle parti con apposita istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica (ossia venti giorni prima per il rito ordinario e dieci per quelli speciali) ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima della camera di consiglio.

Alla luce di quanto sin qui illustrato, pare opportuno segnalare che la nuova previsione, "coerentemente" con il regime che l'ha preceduta (in particolare, l'art. 4, d.l. n. 28/2020), lascia ancora aperti molti dubbi interpretativi sulla portata delle disposizioni che la compongono e che delineano il regime processuale "emergenziale" attualmente in vigore**[6]**.

Emblematico di tale quadro è il recente decreto adottato dal TAR Emilia Romagna**[7]** nell'ambito di una controversia instaurata avverso un provvedimento di aggiudicazione di una gara.

Nella specie, in vista della camera di consiglio del 12.11.2020, la controinteressata aveva presentato, il 9.11.2020, l'istanza di discussione da remoto e, in pari data, la ricorrente aveva proposto opposizione alla predetta istanza, rappresentando che (i) la domanda di discussione da remoto sarebbe stata tardiva in quanto presentata oltre il termine previsto dall'art. 25 comma 3 del d.l n. 137/2020 (secondo cui "*l'istanza di discussione orale di cui al quarto periodo del decreto*

legge n.28 del 2020 può essere presentata fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza pubblica"); (ii) il difensore della parte ricorrente sarebbe stato impegnato nello stesso giorno nella discussione da remoto presso il Consiglio di Stato per altre cause dal medesimo patrocinate.

Il giudice amministrativo, nel respingere l'opposizione all'istanza di discussione, ha ritenuto "*non ostative*" alla discussione richiesta le ragioni avanzate dalla ricorrente. A tal proposito, ha rilevato (i) che la previsione di cui all'art. 25, co. 3, d.l. n. 137 cit. "*va interpretata nel senso che il termine fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza* ***non è perentorio***" e (ii) che la circostanza che il difensore di parte ricorrente sarebbe stato impegnato nel medesimo giorno in altra udienza non potesse precludere lo svolgimento della discussione orale da remoto, ben potendo l'avvocato farsi sostituire da un collega debitamente delegato.

In conclusione, peraltro, il Presidente del TAR, proprio in ragione degli interessi coinvolti e della peculiare delicatezza delle situazioni e delle questioni oggetto della controversia, sia in punto di fatto che in diritto**[8]**, ha ritenuto "*quanto mai utile la discussione orale sia pure da remoto della causa*".

La posizione assunta dal TAR Emilia Romagna, sotto il profilo della non perentorietà del termine dei cinque giorni liberi prima dell'udienza entro cui la parte che ha interesse può presentare l'istanza di discussione da remoto, non sembra condivisa dal Presidente della Seconda sezione del TAR Lazio, che, già nella Comunicazione fornita per la trattazione delle udienze camerali del 12.11.2020, ha espressamente affermato che i "*difensori interessati alla discussione orale (mediante collegamento da remoto) delle istanze cautelari inerenti alle cause da essi patrocinate sono tenuti a presentare (attraverso Pat) apposita istanza entro il termine* ***(da ritenersi perentorio)*** *di cinque giorni liberi prima della camera di consiglio fissata per la trattazione collegiale*". In tale ottica, si pongono, peraltro, una serie di decreti**[9]** con cui il Presidente della Sezione I-*bis* del TAR Lazio ha dichiarato irricevibili e, pertanto, ha rigettato, le istanze di discussione orale presentate tra il 9.11 e l'11.11.2020 per le camere di consiglio del 13.11.2020 e, quindi, oltre il termine (ritenuto anche in questo caso perentorio) dei cinque giorni liberi prima dell'udienza di cui all'art. 25, co. 3 d.l. cit..

È evidente quindi che la disciplina emergenziale lascia ancora (troppo) spazio alle diverse interpretazioni dei giudici amministrativi mettendo a serio rischio la posizione e gli interessi delle parti in giudizio che, ancora una volta, sono rimesse alla "sensibilità" del giudice chiamato a dirimere la controversia.

Resta, soprattutto, sempre vivo il problema della eventuale esigenza di replicare alle "note di udienza" depositabili, in luogo della discussione, fino alle 12 del giorno antecedente all'udienza **[10]**. A tale proposito, sarebbe ragionevole che il giudice amministrativo accogliesse la richiesta di discussione da remoto presentata il giorno prima dell'udienza laddove proposta al precipuo scopo di replicare alle note depositate in assenza di fissazione dell'udienza da remoto, ovvero di procedere, in casi estremi, al rinvio dell'udienza stessa. Ciò al fine di garantire il principio del contraddittorio, irrinunciabile espressione del valore del giusto processo sancito a livello costituzionale e sovranazionale.

[1] Per un maggiore approfondimento sul tema sia consentito rinviare a "*L'istanza di discussione orale da remoto e la relativa opposizione. Prime applicazioni da parte del giudice amministrativo*", in *giustiziainsieme.it*, 22 giugno 2020; "*Ancora sull'opposizione alla discussione da remoto*", *ivi*, 30 luglio 2020.

[2] "*Nota COVID-19, magistrati amministrativi: Governo ripristini udienze da remoto*", 12 ottobre 2020, in w*ww.giustizia-amministrativa.it*.

[3] Art. 4, d.l. 28/2020 (come modificato in sede di conversione dalla l. n. 70/2020) "*Disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia amministrativa*": "*1. All'articolo 84, commi 3, 4, lettera e), 5, e 9, del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, le parole «30 giugno 2020» sono sostituite con «31 luglio 2020». ((All'articolo 7 del decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197, il comma 4 è abrogato. All'articolo 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, l'ultimo periodo del comma 10 è soppresso.)) A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici. L'istanza è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite. Negli altri casi, il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto. In tutti i casi in cui sia disposta la discussione da*

remoto, la segreteria comunica, almeno ((tre giorni)) prima della trattazione, l'avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali. Il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge. In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza ((fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa)) o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza. Il decreto di cui al comma 2 stabilisce i tempi massimi di discussione e replica. 2. Il comma 1 dell'articolo 13 dell'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante le norme di attuazione al codice del processo amministrativo, è sostituito dal seguente: «1. Con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei ministri competente in materia di trasformazione digitale, ((il Consiglio nazionale forense, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e le associazioni specialistiche maggiormente rappresentative)) che si esprimono nel termine perentorio di trenta giorni dalla trasmissione dello schema di decreto, sono stabilite, nei limiti delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, le regole tecnico-operative per la sperimentazione e la graduale applicazione degli aggiornamenti del processo amministrativo telematico, anche relativamente ai procedimenti connessi attualmente non informatizzati, ivi incluso il procedimento per ricorso straordinario. Il decreto si applica a partire dalla data nello stesso indicata, comunque non anteriore al quinto giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.». 3. A decorrere dal quinto giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del primo decreto adottato dal Presidente del Consiglio di Stato di cui al comma 1 dell'articolo 13 dell'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, come modificato dal comma 2 del presente articolo, è abrogato il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 2016, n. 40. È abrogato il comma 2-quater dell'articolo 136 dell'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante il codice del processo amministrativo".

[4] Per un approfondimento sulle conseguenze della normativa emergenziale sul processo amministrativo si veda G. Veltri, *Un primo bilancio del processo amministrativo in periodo emergenziale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[5] Art. 25, d.l. n. 137/2020 "*1. Le disposizioni dei periodi quarto e seguenti del comma 1 dell'articolo 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1 della legge 25 giugno 2020, n. 70 , si applicano altresì alle udienze pubbliche e alle camere di consiglio del Consiglio di Stato, del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione*

siciliana e dei tribunali amministrativi regionali che si svolgono dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021 e, fino a tale ultima data, il decreto di cui al comma 1 dell'articolo 13 dell'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, prescinde dai pareri previsti dallo stesso articolo 13. 2. Durante tale periodo, salvo quanto previsto dal comma 1, gli affari in trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso. Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Restano fermi i poteri presidenziali di rinvio degli affari e di modifica della composizione del collegio. 3. Per le udienze pubbliche e le camere di consiglio che si svolgono tra il 9 e il 20 novembre 2020, l'istanza di discussione orale, di cui al quarto periodo dell'articolo 4 del decreto-legge n. 28 del 2020, può essere presentata fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza pubblica o camerale".

[6] Tra i primi commenti del regime introdotto dall'art. 25, d.l. n. 137/2020, si veda F. D'Alessandri, *Decreto Ristori: ripristino del regime di emergenza nel processo amministrativo con l'udienza in videoconferenza*, in *Il Quotidiano giuridico*, 30 ottobre 2020.

[7] TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 10 novembre 2020, n. 208, Pres. A. Migliozzi.

[8] Non è possibile specificare quali siano tali situazioni e questioni delicate in quanto nulla si evince dal decreto in esame.

[9] TAR Lazio, sez. I-*bis*, 12 novembre 2020, n. 3420, 3421, 3422, 3423, 3424, Pres. Concetta Anastasi. Più precisamente, nei decreti nn. 3420, 3421 e 3422 le istanze erano state presentate il 9.11.2020 intorno alle 18; nel decreto n. 3423 era stata proposta l'11.10.2020 intorno alle 16, mentre nel decreto n. 3424 l'istanza di discussione era stata presentata il 10.11.2020 intorno alle 11.

[10] Sul punto M.A. Sandulli, *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, *lamministrativista.it*, 1° maggio 2020; Id., *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, 4 maggio 2020, in *giustiziainsieme.it*; Id., *L'emergenza non sacrifichi il diritto di difesa, neppure nel processo amministrativo*, in *Il Dubbio*, 6 maggio 2020; Id., *Cognita causa*, in *giustiziainsieme.it*, 6 luglio 2020; C.E. Gallo, *La discussione scritta della causa nel processo amministrativo*, 16 luglio 2020, *ivi*.