GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Il processo amministrativo dopo l’estate del 2021

di Francesco Volpe

1 ottobre 2021

Il processo amministrativo dopo l’estate del 2021 di Francesco Volpe

Sommario: 1. Lo scopo dell’intervento. – 2. Le nuove Regole Tecniche sul processo telematico e l’istituzionalizzazione delle udienze da remoto*. – 3. Il procedimento seguito per l’emanazione delle nuove Regole Tecniche, tra terzietà del giudice e partecipazione dei soggetti interessati. – 4. Inattitudine del rito* da remoto *a soddisfare allo scopo di smaltire l’arretrato. – 5. Il nuovo ruolo* paragiurisdizionale *del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa. – 6. La complicazione dei riti. – 7. Conclusioni.*

1. . Lo scopo dell’intervento

La consistentissima produzione normativa che ha caratterizzato l’estate del 2021 ha toccato anche il processo amministrativo, con provvedimenti apparentemente minori e disorganici, ma che – se considerati nel loro insieme – possono produrre qualche ripercussione sull’impianto generale oltre a ispirare riflessioni più ampie sulla attuale efficacia complessiva del rito.

Cercherò di passarli in rassegna ugualmente senza pretese di organicità, salvo aggiungere qualche considerazione generale a mo’ di chiusura.

2. . Le nuove Regole Tecniche sul processo telematico e l'istituzionalizzazione delle udienze da remoto

Innanzi tutto, va segnalato che, con proprio decreto del 28 luglio 2021, il Presidente del Consiglio di Stato è tornato – per la terza volta da quando ne ha assunto la competenza – a esercitare la funzione di disciplina del processo telematico, sostituendo tutta la disciplina precedentemente in vigore.

Le differenze tra le vecchie e le nuove Regole Tecniche non sembrano sostanziali, se non per il fatto che viene data una disciplina organica delle c.d. udienze *da remoto.*

Ci si potrebbe stupire della cosa, posto che con il 31 luglio è cessato il regime che prevedeva tali forme di udienze, che erano state istituite in occasione dell'emergenza legata all'epidemia da Covid.

In realtà, non è così.

In ragione dell'art. 17, comma 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, le udienze *da remoto* sono state recepite in via ordinaria, nel processo amministrativo, per quanto riguarda lo speciale rito, che lo stesso art. 17 introduce, relativo alle udienze destinate allo smaltimento dell'arretrato.

Si tratta di un processo alle cui udienze i magistrati partecipano su base volontaria, con la conseguenza che è difficile prevedere cosa possa avvenire nel caso in cui non si reperiscano adesioni in tal senso.

Ugualmente è poco chiaro, nel silenzio della legge, se la partecipazione a tali udienze sarà fatta oggetto di una particolare remunerazione e, soprattutto, se sia consentito, ai magistrati che vi prendono parte, di istruire e relazionare su controversie in eccedenza ai c.d. carichi di lavoro che, come è noto, determinano il numero massimo di questioni che il singolo magistrato può contemporaneamente seguire.

In effetti, l'art. 17 altro non dice se non che "la partecipazione dei magistrati alle udienze straordinarie di cui al comma 5 costituisce criterio preferenziale, da parte del Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa, nell'assegnazione degli incarichi conferiti d'ufficio".

3. Il procedimento seguito per l'emanazione delle nuove Regole Tecniche, tra terzietà del giudice e partecipazione dei soggetti interessati

Anche senza considerarne i contenuti, vi sono altri aspetti della nuova disciplina del processo telematico che meritano di essere messi in evidenza.

In effetti, il decreto in parola è stato assunto dal Presidente del Consiglio di Stato dopo aver sentito il Consiglio di Presidenza della Giustizia ammnistrativa, ma senza che siano state interpellate le "associazioni specialistiche maggiormente rappresentative", come invece era stato previsto dall'art. 4, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con il quale era stato disposto il trasferimento della competenza regolatrice in materia dal Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente del Consiglio di Stato stesso.

L'omesso passaggio procedimentale, da un punto di vista formale, è del tutto corretto.

Infatti, il successivo art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 ha previsto che la nuova disciplina delle regole tecniche sul p.a.t. potesse, fino al 31 luglio 2021, prescindere dai pareri previsti dal citato art. 4. In tal senso, dunque, si è proceduto, con l'emanazione delle nuove Regole Tecniche avvenuta qualche giorno prima della scadenza di detto termine.

Sul punto, tuttavia, mi sembra di cogliere una sostanziale incoerenza di fondo. Tanto il d.l. n. 28/2020 quanto il d.l. n. 137/2020 appartengono alla normativa emergenziale, collegata alla vicenda epidemica. È dunque difficile comprendere perché un parere che, nell'aprile 2020 (d.l. n. 28), non era considerato pregiudizievole tenendo conto delle necessità di quel momento sia diventato tale a ottobre dello stesso anno (d.l. n. 137/2020) e in circostanze storiche pressoché invariate.

Tanto più che, quando il trasferimento delle competenze venne attuato, vi fu chi criticò la misura (e riconosco di essere stato tra quelli). Si era sostenuto, infatti, che il giudice deve essere terzo sia rispetto alle parti sia rispetto alla normativa, sostanziale e processuale, che è chiamato ad applicare, a pena di sbilanciare la posizione delle parti nel processo.

I dubbi che allora emersero vennero tuttavia tacitati proprio in ragione della maggiore incisività che avrebbero avuto le associazioni professionali di categoria, per il mezzo dell'indicato parere. I rischi collegati alla minore terzietà del giudice venivano, in un certo senso, *compensati* da una maggiore partecipazione del ceto forense nel processo decisionale, che avrebbe dovuto in un

certo senso evitare l'introduzione di una disciplina troppo sbilanciata.

Constatare che, sia pure in una fase transitoria (ma che poi ha concretamene condotto a una disciplina – quella dettata dal decreto del 28 luglio 2021 – destinata a rimanere permanentemente), tale partecipazione sia stata superata porta a concludere che anche quella sorta di *compensazione* sia venuta meno e che, con il passaggio di funzioni di cui ho fatto cenno, siano rimasti solo gli aspetti potenzialmente pregiudizievoli.

4. Inattitudine del rito da remoto a soddisfare allo scopo di smaltire l'arretrato

Proprio con riguardo alle udienze *da remoto*, il processo amministrativo è l'unico rito che, dal 31 luglio 2021, le ha abbandonate (nella qual cosa io ravviso un elemento del tutto positivo).

Questo, però, per quanto sopra detto, non vale per le future udienze di smaltimento, le quali, invece, si dovranno svolgere necessariamente *da remoto*. Se, dunque, sono state perse le udienze *da remoto* emergenziali, per altro aspetto, il processo amministrativo è finora l'unico rito che ha introdotto le medesime udienze *da remoto* in via ordinaria.

È mia opinione, tuttavia, che tale novità – in disparte ogni dubbio sulle udienze *da remoto* in sé e sulle conseguenze che le stesse possono potenzialmente causa sulla effettiva collegialità delle decisioni – possa servire ben poco a ridurre l'arretrato.

Da un lato, infatti, non è la forma dell'udienza quel che rallenta i processi.

Per altro verso, non è chiaro, appunto, se la previsione di dette udienze *da remoto* e di smaltimento consentirà di superare i tetti ai carichi di lavoro dei magistrati, che, se invece permanessero, costituirebbero il vero *collo di bottiglia*, preclusivo di ogni possibilità di eliminare l'arretrato accumulato.

Sullo sfondo, peraltro, vi è anche il tema dell'Ufficio del processo, per il quale si stanno impegnando tante risorse, volte al reclutamento di molti *assistenti di curia*. A questi dovrebbe essere preclusa una diretta partecipazione alle decisioni giudiziarie e anche alla semplice stesura dei testi di sentenza, sia pure in conformità a quanto stabilito nelle collegiali camere di consiglio.

È da augurarsi che detto Ufficio conservi tale sua ristretta funzione. Perché, se è vero che una più ampia partecipazione degli *assistenti di curia* all'attività giurisdizionale potrebbe, effettivamente, contribuire a smaltire l'arretrato (tanto più se ciò avvenisse insieme allo svolgimento di ampie udienze di smaltimento, preliminari a sentenze la cui stesura fosse così risolta), per altro verso esporrebbe a rischi non preventivabili sia in termini di *qualità* delle pronunce assunte sia, soprattutto, perché l'esercizio della funzione giurisdizionale è collegata a garanzie di un certo rilievo che così verrebbero omesse.

5. Il nuovo ruolo paragiurisdizionale del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa

Merita, ancora, di essere messo in rilievo (perché anch'esso collegato con le udienze di smaltimento), quanto è previsto dall'art. 17, d.l. 9 giugno 2021, secondo il quale "ferme restando le udienze straordinarie annualmente individuate dal Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa ai sensi dell'**articolo 16, comma 1, delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104**, al fine della trattazione dei procedimenti di cui all'articolo 11, comma 1, del presente decreto, sono programmate dal Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa ulteriori udienze straordinarie, in un numero necessario e sufficiente al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi stabiliti, per la Giustizia amministrativa, dal PNRR. A tal fine, il Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa aggiorna il numero di affari da assegnare al presidente del collegio e ai magistrati componenti dei collegi".

La disposizione si segnala per la partecipazione diretta del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa alla programmazione delle udienze dei giudici amministrativi e addirittura alla determinazione del numero di affari da assegnare ai singoli magistrati.

Premesso che il richiamo all'art. 16 delle disposizioni di attuazione del codice di rito appare, quanto meno, improprio (l'art. 16 non prevede, infatti, nessuna preesistente competenza del Consiglio di Presidenza in tal senso), la disposizione pare inopportuna perché, per ragioni di indipendenza dei giudicanti, l'organo di autogoverno della magistratura amministrativa – anche perché esso è in gran parte elettivo ed è composto da *laici* designati dalle Camere – non dovrebbe poter partecipare, neppure indirettamente, allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali e alle competenze che, altrimenti, sarebbero proprie dei Presidenti dei singoli collegi.

Come per gli *assistenti di curia*, vale anche qui ripetere che è necessario tenere distinti i ruoli e le funzioni, perché su tale distinzione riposano ben precise garanzie.

6. La complicazione dei riti

L'introduzione di uno speciale rito *da remoto*, destinato allo smaltimento dell'arretrato porta in ogni caso a formulare alcune riflessioni di carattere più generale e a constatare che si è ulteriormente diversificato e complicato il modo con cui il processo ammnistrativo può giungere a sentenza.

Rispetto al tradizionale schema, oggi si può giungere a sentenza in molti altri modi, con termini e specificità diversi da caso a caso.

Vediamo qui di trattarli in rassegna.

a) Vi è innanzi tutto il sistema ordinario.

È quello tradizionale, a cui fa riferimento l'art. 71 c.p.a.

Il Presidente della Sezione, decorso il termine dilatorio di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso per la costituzione delle parti intimate, fissa l'udienza pubblica, dandone comunicazione alle parti costituite almeno sessanta giorni prima. Seguono termini, calcolati a ritroso dall'udienza, di quaranta giorni liberi per la produzione di documenti, di trenta per le memorie e di venti per le repliche.

b) Vi è poi il sistema ordinario accelerato.

È disciplinato anch'esso dall'art. 71 e differisce dal primo perché il termine di comunicazione dell'udienza di trattazione può essere ridotto fino a quarantacinque giorni, per il caso in cui, su accordo delle parti, l'udienza di merito sia stata fissata a seguito di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare.

Tutti gli altri termini rimangono invariati.

c) Sussiste quindi la definizione in sede di trattazione della domanda cautelare.

L'istituto – infelice erede del *rito veneziano* – è previsto dall'art. 60 c.p.a. e implica che siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso; che sussista la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e che siano sentite sul punto le parti costituite.

La decisione è assunta in forma semplificata e in Camera di consiglio (ma la forma dell'udienza pubblica non costituisce ragione di nullità della sentenza: art. 87, comma 4, c.p.a.).

Il giudice, nel procedere in tal senso, non è vincolato alle domande delle parti, alle quali è consentito di opporsi con conseguenze vincolanti per il collegio solo quando esse dichiarino che intendono proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione. In tal caso, il collegio fissa la data per il prosieguo della trattazione in altra Camera di consiglio, fissata all'esito di tali incombenti (come pure all'esito dell'eventuale integrazione del contraddittorio).

d) Ancora, va ricordata la definizione a seguito di istanza di prelievo.

L'istituto è disciplinato dall'art. 71 – *bis* c.p.a., introdotto dall'art. 1, comma 781, lett. b), l. 28 dicembre 2015, n. 208.

Esso presuppone, appunto, la presentazione di detta istanza, in conseguenza della quale il giudice, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e sentite sul punto le parti costituite, fissa udienza di Camera di consiglio per decidere la controversia.

Trattandosi, appunto, di rito in Camera di consiglio, si applica l'art. 87 c.p.a. Perciò i termini per il deposito delle memorie e dei documenti sono dimezzati.

e) Oggi esiste anche la definizione a seguito di udienza di smaltimento.

Costituisce appunto una delle novità introdotte dall'art. 17, d.l. n. 80/2021 e di cui ho già fatto cenno.

Il rito non si può applicare alle controversie disciplinate dagli artt. da 112 a 117 c.p.a. e, pertanto, non può riguardare le liti per l'ottemperanza, quelle per l'accesso e quelle contro il silenzio inadempimento.

Le udienze si svolgono *da remoto* e in camera di consiglio.

Nonostante il rito consiliare, a queste liti non si applica l'art. 87, comma 3, c.p.a., salvo che per l'ultimo periodo di tale disposizione.

Pertanto, se le parti possono chiedere di essere sentite in udienza (art. 87, comma 3, ultimo periodo, cit.), non vale invece la dimidiazione dei termini per i depositi.

Ovviamente, trattandosi di liti giacenti in arretrato e, quindi, pendenti da tempo, non trova applicazione neppure l'art. 87, comma 3, c.p.a., nella parte in cui esso stabilisce che il giudice è tenuto a fissare la lite nella prima Camera di consiglio utile, decorsi trenta giorni dal termine di

costituzione di tutte le parti.

f) Ancora, vi è il rito per la definizione dei ricorsi suscettibili di immediata definizione.

Anche questa è una novità introdotta dall'art. 17, d.l. n. 80/2021, che ha inserito un art. 72 – *bis* nel codice di rito, secondo il quale, "il presidente, quando i ricorsi siano suscettibili di immediata definizione, anche a seguito della segnalazione dell'ufficio per il processo, fissa la trattazione alla prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio. Salvi eccezionali motivi, non è possibile chiedere il rinvio della trattazione della causa. Se è concesso il rinvio, la trattazione del ricorso è fissata alla prima camera di consiglio utile successiva. Se è possibile definire la causa in rito, in mancanza di eccezioni delle parti, il collegio sottopone la relativa questione alle parti presenti. Nei casi di particolare complessità della questione sollevata, il collegio, con ordinanza, assegna un termine non superiore a venti giorni per il deposito di memorie. La causa è decisa alla scadenza del termine, senza che sia necessario convocare un'ulteriore camera di consiglio. Se la causa non è definibile in rito, il collegio con ordinanza fissa la data dell'udienza pubblica. In ogni caso la decisione è adottata con sentenza in forma semplificata".

Si tratta, come sembra evidente, di un rito destinato a colpire quelle controversie afflitte da ragioni riconducibili all'art. 35 c.p.a., come tali insuscettibili di portare a qualunque decisione di merito, dal momento che, ove si pongano questioni di detto ultimo tipo, il rito si converte nel rito ordinario.

g) Tra i vari modi con cui la lite può giungere a sentenza, si segnala anche quello che procedere dalla esecuzione dell'accoglimento della domanda cautelare.

L'istituto trova fondamento nell'art. 55, comma 10, c.p.a, secondo il quale "il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito. Nello stesso senso può provvedere il Consiglio di Stato, motivando sulle ragioni per cui ritiene di riformare l'ordinanza cautelare di primo grado; in tal caso, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la sollecita fissazione dell'udienza di merito".

Quello così pronunciato è un vero e proprio provvedimento di accoglimento della domanda cautelare, il cui contenuto consiste, paradossalmente, proprio nella fissazione dell'udienza di

merito. All'udienza così fissata si applicano i termini previsti dall'art. 71 c.p.a.

h) Vi sono, infine, i riti non codificati.

Non è infrequente, infatti, che, presso i diversi organi giurisdizionali, si applichino schemi che non trovano un formale recepimento esplicito nel codice.

Tra questi si segnalano quelli che procedono dalle udienze di verifica dell'interesse a proseguire nel processo (talora informalmente definite anch'esse "udienze di smaltimento"). Queste sono una specie di udienze filtro o di smistamento, alle quali le parti sono invitate a dichiarare se permane l'interesse processuale. Per il caso in cui la dichiarazione sia negativa, la lite viene immediatamente definita in rito; altrimenti viene fissata nuova e ulteriore udienza.

Sono noti anche riti non codificati che procedono da decreti di verifica dell'interesse, assunti dal Presidente della Sezione o da un magistrato delegato, in applicazione (esplicita o implicita, ma in ogni caso piuttosto estensiva) dell'art. 68, comma 2, in materia di istruttoria. Essi, in ragione delle risposte che al decreto vengono date, portano talora a decreti di estinzione del giudizio o alla fissazione di udienze di smaltimento o ancora alla fissazione di normali udienze pubbliche di trattazione.

Da ultimo, è noto l'*istituto* del rinvio al merito, che trae spunto da un'udienza di trattazione della domanda cautelare, ma che non sembra potersi identificare né con un provvedimento pronunciato *ex* art. 55, comma 10, c.p.a., né con una sorta di rinuncia alla sospensiva in cambio dell'udienza di merito (ipotesi a cui, per quanto si è già detto, fa riferimento l'art. 71 c.p.a. per il caso in cui il Presidente anticipi fino a quarantacinque giorni la comunicazione della fissazione dell'Udienza).

A tutti questi diversi riti, che riguardano le controversie ordinarie, si aggiungono poi gli istituti relativi ai riti speciali e quindi:

a) alle controversie sul silenzio (31 e 117 c.p.a.),

b) a quelle sull'ottemperanza (112-114 c.p.a),

c) a quelle sull'accesso (116 c.p.a.),

d) a quelle con termini dimezzati (119 c.p.a.),

e) a quelle sui contratti pubblici (120 e s. c.p.a.) e,

f) a quelle sul contenzioso elettorale (126 e s. c.p.a.), a loro volta distinte secondo che,

f1) riguardino le operazioni elettorali o

f2) gli atti preparatori delle elezioni.

Infine, in ragione della domanda specificamente fatta valere e quindi secondo che si tratti di una domanda relativa:

a) all' annullamento,

b) alla nullità,

c) al silenzio inadempimento

d) alla condanna al risarcimento del danno, d1), in via autonoma o,

d2), contestuale all'azione di annullamento o all'azione sul silenzio,

e) all'appello nelle controversie *ex* artt. 119 e 120 c.p.a.,

f) alle cause di primo grado nelle controversie *ex* art. 120 c.p.a.

e) alle controversie sull'ottemperanza,

f) alle controversie per l'accesso ai documenti amministrativi,

g) alle controversie sulle operazioni elettorali,

h) alle controversie sugli atti preparatori alle elezioni,

variano anche i termini di notificazione del ricorso introduttivo della lite o del grado di giudizio.

Come si comprende, anche in ragione degli interventi legislativi recenti, che hanno aggravato una situazione già pesantemente compromessa, il processo amministrativo oggi è un vero e proprio dedalo, ben diverso dal sistema con il quale era stato originariamente ideato.

Quello attuale, invece, è un sistema intriso di decadenze che possono risultare pregiudizievoli per le parti.

Esso, inoltre, può condurre a sentenze *nate vecchie*, perché formatesi su pericolose preclusioni (si consideri anche l'art. 104, comma 2, c.p.a.) che impediscono di *fotografare* la fattispecie sostanziale qual è sussistente al momento della pronuncia della sentenza, con la costituzione di vincoli conformativi essi stessi inattuali.

Né sembra del tutto persuasivo sostenere che questa varietà di riti sia compensata dalla necessità di portare a compimento, entro un ragionevole tempo, i processi, perché, infine, tutto ciò

dipende da quando il giudice fissa l'udienza di trattazione della causa, tanto più che, entro certi limiti, spetta a questi decidere il rito più opportuno.

L'esperienza, tuttavia, sembra suggerire che proprio in questi non infrequenti ritardi vada ravvisata la principale causa dell'intempestività del processo amministrativo, vieppiù acuita dal fatto che talune controversie (quelle in materie di appalti) – viaggiando su binari che, per volontà di legge, sono assai più veloci – finiscono per rallentare lo svolgimento di tutte le restanti.

7. Conclusioni

La nuova disciplina delle Regole Tecniche sul processo telematico, peraltro, ha contribuito a mettere in luce anche ulteriori riforme di questi mesi, alle quali, forse, è il caso di prestare una certa attenzione. – Che conclusioni trarre dal panorama che emerge e su cui si innestano le riforme dell'estate del 2021?

In primo luogo, a me pare che si debba osservare che, attraverso misure apparentemente di dettaglio, la stagione *covidica* stia consegnando interventi sul processo amministrativo che potrebbero sortire conseguenze piuttosto preoccupanti quanto all'indipendenza e alla terzietà del giudice. Questo vale sostenere soprattutto con riguardo al modo con cui viene attuata la disciplina del processo telematico e al modo con cui il Consiglio di Presidenza è chiamato a partecipare alla programmazione delle udienze e delle attività dei magistrati.

Né deve rassicurare l'onestà intellettuale di è concretamente chiamato a dare esecuzione a queste nuove norme, perché le istituzioni non possono reggersi sulla contingente probità degli individui e perché, infine, vale anche a questo proposito quello fu detto della moglie di Cesare.

In secondo luogo – con riferimento al variegato panorama di riti che stanno cumulandosi – viene a rafforzarsi ulteriormente la convinzione che è sempre più necessario affrontare una radicale e generale riforma del processo, volta a semplificarne lo svolgimento e a introdurre strumenti di sua accelerazione effettivi e non puramente formalistici.