

Oralità o scrittura? Una dicotomia od un dilemma che ci spingono verso un nuovo modello di Giudizio Amministrativo.

Chi non conosce l'*incipit* del soliloquio di Amleto nella prima scena del Terzo Atto della omonima, immortale Tragedia del Genio William Shakespeare: Essere, o non essere, questo è il dilemma (ossia, nella originale lingua inglese, "*To be, or not to be, that is the question*"; il resto lo omettiamo anche se si attaglierebbe perfettamente al momento storico che stiamo vivendo).

Il diritto emergenziale, con il quale tutti noi operatori abbiamo dovuto cimentarci di questi tempi, ha posto a nudo, nell'ambito al settore a Noi Caro (ossia il Giudizio Amministrativo) alcune criticità che, a mio avviso, già erano insite nel sistema previgente e che attengono, soprattutto se non principalmente, alla utilità/necessità di una Udienza orale, dopo aver, di fatto, introdotto il ricorso per iscritto, dedotti i motivi e redatte le Memorie difensive.

A me, a Noi che già purtroppo abbiamo una certa età è capitato di verificare come, da quando facevamo i praticanti (ossia venticinque anni fa ed oltre) il Giudizio Amministrativo è mutato più volte, come modello processuale, talora sotto la spinta di qualche illuminata decisione giurisprudenziale innovatrice (una per tutte, l'introduzione, presso il T.A.R. per il Veneto, del modulo processuale della sentenza semplificata o succintamente motivata, poi codificata dal Legislatore e non solamente nel settore del diritto amministrativo, basti pensare all'istituto di cui all'Articolo 281 *sexies* C.p.c.), talaltra in ragione della introduzione di specifici istituti da parte del Legislatore (e, per essi, basta rinviare alla ampia codificazione avvenuta nel 2010 con l'introduzione del Codice del Processo Amministrativo).

Come detto in precedenza, il diritto emergenziale di questi mesi ha, a mio avviso, solamente anticipato, *cogente necessitate*, certuni istituti che paiono andare a scalfire il principio dell'oralità e, quindi, del contraddittorio e della "*parità delle armi*" (come da molte parti sottolineato).

Ovviamente, ma nemmeno servirebbe scriverlo, faccio riferimento al modello processuale introdotto dall'Articolo 84 del D.L. n. 18/2020 convertito nella Legge n. 27 del 24 aprile 2020 e, quindi, ancora dal D.L. n. 28/2020, esemplarmente interpretati su questo medesimo sito dall'Amico e Collega, Prof. Avv. Francesco Volpe e, in particolare, alla sostituzione della Udienza orale avanti al Collegio con le Note difensive da depositare (ad oggi) almeno tre giorni liberi prima dell'Udienza pubblica di trattazione e, da fine maggio 2020 e fino al 31 luglio 2020, con termine alle ore 9:00 del giorno dell'Udienza.

Ometto di ricordare qui il sistema processuale, anche più complesso, che presiede alla trattazione dell'Udienza Cautelare.

E, qui, torna utilissimo, quindi, l'*incipit*, non a caso il soliloquio, dell'Amleto di Shakespeare nel preciso significato che possono dette Note difensive adeguatamente sostituire la discussione orale davanti al Collegio? Chiaramente con l'unico correttivo dato dall'Udienza in modalità di cc.dd. videoconferenza o da remoto già sperimentata dall'Amico e Collega Avv. Alessandro Veronese che ce ne ha fornito, qui sul sito, una interessante ed appassionata relazione (positiva) definita "*Diario di bordo*".

La questione è dogmaticamente assai complessa; chiedo venia, quindi, per l'impossibilità di trattarla

adeguatamente e, soprattutto, con la necessaria competenza e profondità. Compito che lascio a Qualcun Altro più Competente ed Autorevole di me.

A mio avviso, semplicemente, dobbiamo operare una profonda distinzione fra le Udienze di merito e le Udienze Camerali di sospensiva.

Premesso che il sottoscritto è un difensore che sempre intende discutere oralmente i ricorsi proposti, sia nella fase di merito che in sede cautelare, è innegabile che statisticamente, reputo all'incirca un buon 70% dei ricorsi fissati nel merito venissero già in precedenza, ovvero prima dell'avvento del diritto emergenziale, trattenuti in decisione in assenza di discussione orale.

Peraltro, ciò è anche comprensibile giacchè, in disparte i ricorsi più complessi ed articolati magari con punti di fatto più che di diritto da sottoporre all'esame del Collegio (che vengono discussi oralmente), nella maggior parte dei ricorsi per cui è fissata l'Udienza di merito il contraddittorio si è pienamente dispiegato, le Memorie difensive sono state depositate, la parità delle armi è fatta salva e con essi il diritto di difesa costituzionalmente garantito (Articoli 24 e 113 della Costituzione).

A regime ordinario, quindi, lo strumento delle Note difensive di Udienza è un buon strumento da rendere facoltativo (di certo, non obbligatorio) per il difensore: o discute la causa oralmente nel merito; oppure ne fa avviso al Collegio almeno sette giorni liberi prima e deposita le Note di Udienza almeno due giorni liberi prima. Tutti i difensori debbono essere in accordo; se anche uno di essi decide di discutere oralmente il ricorso questo deve essere discusso in modalità orale.

A mio avviso, temperata in tal modo, la norma potrebbe essere introdotta nel Codice del Processo Amministrativo ed operare a regime. Con il che anche il Giudice Amministrativo ne avrebbe un sicuro vantaggio, in termini di organizzazione del lavoro, deposito delle sentenze e rispetto del principio della *"ragionevole durata del Giudizio"*.

Non si farebbe altro che *"fotografare"*, per vero, una realtà fattuale esistente (i ricorsi di merito non si discutono in modalità statisticamente elevate, né presso i vari T.A.R., né davanti al Consiglio di Stato).

Molto diversa la questione afferente alle Udienze Camerali.

Del tema mi occupai, proprio su questo medesimo sito (*"vecchio sito"*), nel contesto di un intervento del 18 aprile 2009 (a me molto Caro) che, tuttavia, nonostante il decorso del tempo, mantiene una certa qual freschezza ed utilità.

Eravamo nel 2009 ed all'orizzonte si intravedevano gli albori della codificazione dei principi della Giustizia Amministrativa, dopo circa un decennio di travaglio e di esperimenti processuali (taluni dei quali molto felici: uno per tutti, la sentenza semplificata).

Sul tema avevano, in allora, scritto i loro interventi alcuni *"Mostri Sacri"* quali l'Avvocato Cacciavillani, il Prof. Domenichelli ed il Prof. Volpe.

All'epoca non ebbi la pretesa, né tantomeno l'ambizione, di operare una *"sintesi"* dei citati contributi, stante l'autorevolezza e la riconosciuta maestria di chi li aveva redatti. Cercai solamente di esprimere le prime e semplici impressioni che tali scritti suscitarono in me.

Riletto tutto ora mi pare davvero che il *"dover essere"* sia un traguardo da raggiungere sempre con l'alacre lavoro e la riflessione quotidiane.

Infatti, quanto alla capacità di mutazione del Giudizio Amministrativo, inteso come sistema della

giustizia amministrativa, allora come ora, si può a buona ragione sostenere che esso stia vivendo un momento di transizione o di passaggio fra tecniche di decisione “vecchie” e sistemi e “tecniche” di decisione “nuove”.

Più precisamente: allora le innovazioni riguardavano le vere e proprie tecniche di decisione giudiziali; ora le innovazioni hanno ad oggetto il più o meno ampio esercizio del diritto di difesa nel Giudizio. Facce diverse ma della stessa medaglia.

Scrivo allora che io ho iniziato la pratica professionale nel mese di novembre dell'anno 1995 nello Studio dell'Avvocato Alberto Cartia dove ho avuto l'enorme ed impareggiabile fortuna di imbartermi in moltissime controversie di diritto amministrativo: mi ricordo benissimo ed assai nitidamente di come l'Udienza Cautelare fosse anche allora ritenuta e considerata piuttosto centrale ma, di certo, non nel preciso significato delineato dal Prof. Domenichelli nel proprio contributo “Una modesta proposta” comparso nel 2009 nel Nostro “vecchio sito”; in quel tempo era necessario e sufficiente ottenere un risultato positivo in sede di sospensiva (se seguivi il ricorrente un accoglimento; se patrocinavi una P.A. resistente un rigetto). Il merito, ossia essenzialmente la pregnante ed analitica valutazione del *fumus boni juris non rebus sic stantibus* veniva demandata ad un'Udienza *certa an incerta quando*. Quindi, anche allora il risultato cautelare era centrale ma in un significato molto diverso rispetto al 2009 e, a maggior ragione, rispetto ad ora, ossia al 2020.

L'Udienza Cautelare, definita anche come “Udienza filtro”, è divenuta una Udienza Centrale (Domenichelli, in “Una modesta proposta”, anno 2009) nella quale optare o per un merito breve (con o senza istanza di prelievo, a seconda dell'importanza delle materie come giustamente fatto notare dal Prof. Volpe, ancora nel lontano 2009 nel Suo intervento comparso sul sito). In essa Udienza il Giudice Amministrativo (giustamente) dovrebbe, sussistendone tutti i presupposti processuali, pronunciare massicciamente sentenze semplificate ovvero disporre incombenti istruttori, comunque sempre preordinati ad addivenire, in tempi brevi, ad una risoluzione di merito dell'impugnativa. In questo panorama lo spazio per le Ordinanze Cautelari si sarebbe dovuto ridurre allo stretto necessario (ma, in tema, mi pare che siamo ancora in cammino), posto che è ben possibile (e, anzi, nella prassi è molto spesso assai vero) che vi siano provvedimenti illegittimi ma poco dannosi (Volpe) con la conseguenza che l'istanza cautelare verrebbe respinta e l'obbligo di pronuncia (nel merito) del Giudice posticipato.

Il travaglio degli anni precedenti al 2009 ha condotto alla codificazione e, quindi, al “Nuovo Giudizio Amministrativo” nel quale un ruolo assolutamente centrale lo ha proprio l'Udienza Cautelare, nei termini esattamente indicati dal Prof. Domenichelli nel 2009 e non per come essa era pressoché da tutti percepita all'inizio della mia e Nostra pratica professionale (anni novanta del precedente secolo).

Ma se così è l'oralità o, quantomeno, la presenza del difensore è ineludibile ed assolutamente necessaria in una siffatta Udienza.

La presenza del difensore, sia essa fisica ovvero “virtuale” (ossia da remoto), una volta cessata l'emergenza sanitaria dovrà essere sempre assicurata e garantita per le Udienze Cautelari perché è proprio in sede cautelare che il ricorso assume una certa specifica direzione (soprattutto per le controversie di maggior impatto sociale ed anche economico, penso agli appalti pubblici).

Ovviamente mi piace ragionare di presenza, più che di oralità giacché il modulo del Processo Amministrativo, definito molto spesso anche documentale o cartolare, non consente l'esplicazione di una oralità piena come è nel Processo Penale laddove la prova si forma nel dibattito per il tramite della *cross examination* e del contraddittorio fra le parti. Trattasi di una oralità, di certo temperata dai motivi di censura già sollevati, ma esistente e non in pochi casi la giusta dialettica dei

difensori fra loro dinnanzi ad un Collegio attento e scrupoloso può condurre, soprattutto in sede cautelare, oltre che a decisioni corrette anche a veri e propri “*consigli*” del Collegio medesimo che consentono alla P.A. di rimeditare proficuamente le proprie scelte, se ritenute illegittime od anche solo inopportune, come Ci ha ricordato l’Amico e Collega Avv. Dario Meneguzzo nel suo interessantissimo intervento di qualche mese fa proprio su questo stesso sito dedicato alla oralità nel Processo Amministrativo.

In sintesi: nell’Udienza Cautelare l’oralità, intesa quantomeno come presenza del difensore, è assolutamente ineludibile e necessaria, sicchè trascorso il periodo emergenziale, nel regime ordinario dovranno essere potenziati al massimo i canali telematici al fine di consentire a Noi tutti di essere presenti, o fisicamente oppure “*virtualmente*” (secondo la scelta libera di ciascun difensore), davanti al Giudice Amministrativo, di primo o di secondo grado, in sede interinale. Un tanto in ossequio ai principi costituzionali, di cui agli Articoli 24 e 113 della Costituzione.

Si sottolinea che il presente modesto contributo riflette, come sempre, le opinioni, meditate ma del tutto personali, di colui che lo ha redatto.

Giovanni Attilio De Martin