

CONS. ALFREDO STORTO

Su alcune principali modifiche introdotte nel giudizio di primo grado.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il nuovo regime del rilievo dell'incompetenza per territorio e la mancanza di una disciplina transitoria. 3. L'attività istruttoria. In particolare verifica e consulenza tecnica. 4. Le semplificazioni in fase di decisione. La sentenza in forma semplificata e l'assorbimento dei motivi. 5. Osservazioni minime sulla c.d. perenzione dell'arretrato.

1. Introduzione.

La delega per il riassetto del processo amministrativo, contenuta nell'art. 44 della legge 19 giugno 2009, n. 69, non prevedeva particolari criteri né indicazioni significative con specifico ed esclusivo riguardo al giudizio di primo grado, se non forse per l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica.

Anche questa previsione, tuttavia, trovava logico inquadramento nella più ampia indicazione di principi che, informando l'azione di riassetto, costituivano in primo luogo il campo applicativo del processo innanzi ai Tar.

Così, certamente è per le direttive in punto di «snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo (...), nonché la razionalizzazione dei termini processuali (...) e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato».

Se ne ricava certamente una complessiva indicazione nel senso dell'incremento soprattutto della caratteristica di concentrazione del processo amministrativo, finora fisiologicamente garantita dalla natura eminentemente pretoria della giustizia amministrativa e che, anche dopo la puntualizzazione di più di una norma squisitamente procedurale e dei necessari innesti in funzione della effettività della tutela, sarebbe dovuta permanere inalterata.

In altre parole, si richiedeva al Legislatore delegato di trovare, nella razionalizzazione, il non facile punto di equilibrio tra garanzie processuali ed esigenze di snellezza e durata ragionevole, entrambe ormai confini ineludibili, per portato costituzionale e comunitario, di ogni processo.

In questa chiave, va dunque oggi letto, ad esempio, l'art. 39 del codice, contenente il "Rinvio esterno", per quanto non esplicitamente normato, alle disposizioni del codice di rito civile, solo «in quanto compatibili o espressione di principi generali». La clausola di compatibilità, dunque, impone in primo luogo la verifica della adattabilità delle norme processualcivilistiche alla fisionomia del processo amministrativo imperniato, ad esempio, sulla tendenziale unicità delle udienze e sulla snellezza della trattazione e, in secondo luogo, consente l'attrazione di altre norme rituali civili – sempre in carenza della disciplina codicistica espressa – non in forma pedissequa, ma solo in quanto espressione di principi generali che, com'è ovvio, andranno declinati in aderenza con quella fisionomia.¹

Si tratta, in definitiva, di un meccanismo che dovrebbe garantire la flessibilità del sistema dei richiami il quale, invece di irrigidirsi, è messo in condizioni di filtrare principi e norme dal sistema processualcivilistico.

¹ Sulla difficile e controversa portata della clausola di rinvio esterno v. ora SASSANI, *Commento all'art. 39*, in CARINGELLA, PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 433 ss.

E' noto come il testo della Commissione tecnica costituita presso il Consiglio di Stato, che aveva ampiamente raccolto le indicazioni di principio della delega, sia stato poi in più punti modificato dal Governo, anche dietro sollecitazione delle Commissioni parlamentari di Camera e Senato, il quale, alla fine, ha restituito un codice con modifiche di rilievo che finiscono per incidere grandemente in primo ed essenziale luogo sul giudizio innanzi ai Tar.

Sicuramente dirompenti sono innanzitutto le modifiche in tema di rilievo ufficioso dell'incompetenza territoriale divenuta inderogabile, ciò che ha comportato anche la modifica della natura del regolamento di competenza. Ma non vanno del pari dimenticate le altre norme che hanno razionalizzato la disciplina del ricorso, l'intervento volontario e quello *iussu iudicis*, le nuove disposizioni relative ai termini, la nuova fisionomia del giudizio cautelare – che si è arricchito di norme che garantiscono l'effettività del contraddittorio e, direi conseguentemente, della previsione di misure cautelari *ante causam*, nonché di una nuova disciplina sulle spese –, la previsione di nuovi mezzi di prova a tutto campo, come la prova testimoniale, e il riassetto dei rapporti tra consulenza tecnica d'ufficio e verifica, l'assunzione monocratica dei mezzi di prova e, ancora, la previsione di meccanismi di semplificazione decisionale e l'affiancamento alla perenzione quinquennale "ordinaria" di cui all'art. 82 della c.d. perenzione dell'arretrato che ora è disciplinata dall'art. 1 dell'Allegato 3 al codice.

Di fronte a tale mole di novità, i tempi di un intervento congressuale impongono tuttavia delle scelte che, come si vedrà, cercherò di effettuare, all'interno di alcuni grandi temi (rilievo dell'incompetenza, attività istruttoria, fase decisionale e sistema delle perenzioni), secondo un criterio di esame che tenga conto soprattutto di alcune criticità già in parte emerse nel dibattito dottrinale seguito all'entrata in vigore del codice e nelle prime applicazioni giudiziali.

2. Il nuovo regime del rilievo dell'incompetenza per territorio e la mancanza di una disciplina transitoria.

Si è detto come il nuovo codice abbia scelto di configurare come inderogabile la competenza per territorio scolpendo tale previsione – forse anche con qualche ridondanza lessicale² – nell'art. 13.

Non è peraltro inopportuno, per capire il senso dell'assetto attuale, sottolineare l'*iter* legislativo della norma e, in definitiva, della questione, segnalando come il testo redatto dalla Commissione tecnica non prevedesse innovazioni sul punto, introdotte invece, sotto forma di un rilievo ufficioso della incompetenza per territorio nel solo giudizio cautelare, dal Governo nel testo inviato alle Camere.³

² Dispone testualmente la norma (rubricata *Competenza territoriale inderogabile*), nei primi tre commi: «1. Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede. 2. Per le controversie riguardanti pubblici dipendenti è inderogabilmente competente il tribunale nella cui circoscrizione territoriale è situata la sede di servizio. 3. Negli altri casi è inderogabilmente competente, per gli atti statali, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma e, per gli atti dei soggetti pubblici a carattere ultra regionale, il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il soggetto». L'ultimo comma torna poi a ribadire, su un piano generale, che «la competenza territoriale del tribunale amministrativo regionale non è derogabile».

³ Disponeva l'art. 16 (*Regime della competenza inderogabile*), nel testo inviato alle Camere, che «la competenza di cui all'articolo 14 [in una versione in cui non era fatta alcuna previsione generale di inderogabilità] è inderogabile anche in ordine alle misure cautelari», soggiungendo che «il difetto di competenza inderogabile è rilevato, anche d'ufficio, con ordinanza che indica il giudice competente. Nel giudizio di appello di cui agli articoli 100 e seguenti esso è rilevabile se dedotto con specifico motivo». Il meccanismo di reazione alla decisione assunta a seguito del rilievo ufficioso era poi disciplinata nel senso che «l'ordinanza del giudice adito che dichiara la propria incompetenza è impugnabile nel

Queste ultime – come forse era prevedibile, anche sulla scia delle critiche piovute quando ancora il testo era in fase di trasmissione – avevano a più riprese censurato l'intervento normativo collocato nel giudizio cautelare ritenendolo, in primo luogo, «*in contraddizione con l'obiettivo di semplificazione della procedura*»⁴, ovvero rilevando un'inesplicabile asimmetria tra i poteri del giudice spendibili nella fase cautelare piuttosto che in quella di merito, col corollario di una proposta adeguatrice alla stregua della quale «*il giudice rilevi la propria incompetenza senza distinguere la fase cautelare da quella più propriamente decisoria*»⁵.

Il Governo, alla fine, ha recepito quest'ultima indicazione⁶.

In buona sostanza, il rilievo officioso dell'incompetenza territoriale, inizialmente previsto solo nella fase cautelare, rispondeva all'esigenza di evitare la migrazione dei ricorsi cautelari (fenomeno altrimenti definito del *forum shopping*), cioè quel fenomeno che segue la possibilità per il ricorrente di scegliere deliberatamente – per comodità geografica o di orientamento – un tribunale palesemente incompetente, fidando sulla mancata proposizione del regolamento preventivo di competenza, unico strumento di reazione, completamente affidato all'onere di parte entro termini di decadenza ben precisi. La pratica, d'altra parte, insegnava come fosse frequente la mancata reazione delle amministrazioni sul punto, col risultato di rendere conveniente il tentativo.

Inoltre, come è stato efficacemente notato sul punto⁷, una ulteriore utilità conseguibile dal complessivo irrigidimento del sistema della competenza territoriale, va individuata nella funzione latamente *nomofilattica* che il Tar esercita nel proprio ambito territoriale regionale, connotato sempre più da un complesso e peculiare sistema di regole non sempre perfettamente intellegibile nelle “incursioni giudiziarie” di altri Tribunali.

termine di trenta giorni dalla comunicazione o notificazione con il regolamento di competenza di cui all'articolo 15. Il regolamento può essere altresì richiesto d'ufficio alla prima udienza, con ordinanza, dal giudice indicato come competente dal tribunale adito; in tal caso si procede ai sensi dell'articolo 15, comma 6. La questione di competenza inderogabile può comunque essere fatta valere anche con il regolamento di competenza; in tal caso non si applica l'articolo 15, comma 3. 4. Il giudizio è riassunto entro il termine perentorio di trenta giorni dalla data in cui è diventata definitiva l'ordinanza che ha pronunciato sulla questione».

L'art. 15 (Regolamento di competenza), sempre in quel testo, prevedeva ai commi da 5 a 10: «5. Quando è proposta domanda cautelare, se il tribunale adito non ritiene sussistente la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14 non provvede sulla domanda e richiede d'ufficio, con ordinanza, il regolamento di competenza, indicando il tribunale che reputa competente. 6. L'ordinanza di cui al comma 5 è immediatamente trasmessa d'ufficio al Consiglio di Stato a cura della segreteria. Se, nel termine di dieci giorni dalla comunicazione della predetta ordinanza, sull'indicazione del giudice competente vi è adesione di tutte le parti, si applica il comma 3. Altrimenti, della camera di consiglio fissata per regolare la competenza ai sensi del comma 4 è dato avviso, almeno dieci giorni prima, ai difensori che si siano costituiti davanti al Consiglio di Stato. Fino a due giorni liberi prima è ammesso il deposito di memorie e documenti e sono sentiti in camera di consiglio i difensori che ne facciano richiesta. 7. Nelle more del procedimento di cui al comma 6, il ricorrente può riproporre le istanze cautelari al tribunale amministrativo regionale indicato nell'ordinanza di cui al comma 5, il quale decide in ogni caso sulla domanda cautelare, fermo quanto previsto dal comma 8. 8. Le pronunce sull'istanza cautelare rese dal giudice dichiarato incompetente perdono comunque efficacia dopo trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza. 9. Le parti possono sempre riproporre le istanze cautelari al giudice dichiarato competente. 10. La disciplina dei commi 8 e 9 si applica anche alle pronunce sull'istanza cautelare rese dal giudice privato del potere di decidere il ricorso dall'ordinanza presidenziale di cui all'articolo 47, comma 2».

⁴ Così la II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati che, in luogo dei commi da 5 a 10 dell'art. 15, proponeva di introdurre «una specifica disposizione che autorizzi il tribunale adito, sino alla pronuncia sul regolamento di competenza, a disporre misure cautelari solo ove ritenga sussistente la propria competenza territoriale».

⁵ Così la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato.

⁶ Espressamente in questo senso la Relazione al codice.

⁷ CARPENTIERI, *Le questioni di competenza*, testo della relazione tenuta a Varenna al 56° Convegno di studi di diritto amministrativo, sul tema “La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali”, 24-25 settembre 2010.

Se questo era dunque lo scopo palese dell'intervento Governativo, è ben chiaro come il "verso" di risoluzione del disallineamento di poteri ufficiosi tra fase cautelare e di merito del giudizio non potesse che essere quello della estensione dei poteri della rilevanza officiosa anche alla fase di merito, sovvertendo così la regola della generale derogabilità della competenza territoriale, ora sostanzialmente assimilata a quella funzionale.

Il sistema vigente, dunque, si articola nel seguente modo:

A) nel **giudizio cautelare** (compresa la fase monocratica) anche *ante causam*:

- 1) il giudice rileva d'ufficio il proprio difetto di competenza e in tal caso, fermo restando che non decide sulla domanda di cautela (art. 15, comma 5): **a) declina con ordinanza la propria competenza**, indicando il giudice competente (art. 16, comma 2); **b) oppure**, ove non ritenga di provvedere in tal senso, **richiede d'ufficio**, sempre con ordinanza, **il regolamento di competenza** sempre indicando il giudice ritenuto competente (art. 15, comma 5);
- 2) nel caso sub **a)**, se il processo è riassunto entro trenta giorni innanzi al giudice indicato come competente, esso continua («segue») innanzi a questi che però può sollevare a sua volta d'ufficio il regolamento di competenza (art. 16, comma 3, secondo periodo). Allo stesso modo, l'ordinanza declinatoria della competenza resa ai sensi dell'art. 16, comma 2, può essere impugnata dalle parti (si deve ritenere da chiunque vi abbia interesse in relazione al rilievo dell'incompetenza ovvero, anche dal ricorrente, con riguardo alla mera indicazione del giudice ritenuto competente) con regolamento di competenza da proporre nei trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza (art. 15, comma 3, primo periodo);
- 3) in ogni caso, durante la pendenza del regolamento di competenza, il ricorrente può sempre proporre le istanze cautelari al tribunale indicato come competente nell'ordinanza che l'abbia declinata o abbia sollevato il regolamento d'ufficio (art. 15, comma 7, e art. 16, comma 4);

B) nel **giudizio di merito**, il difetto di competenza è rilevato **in primo grado** anche d'ufficio (art. 15, comma 1, primo periodo), peraltro con un distinguo che emerge dalla lettura combinata degli artt. 15 e 16 del codice.

b.1 Ove il tribunale rilevi in via officiosa la sola questione di competenza (evidentemente declinandola), deciderà ai sensi dell'art. 16 con **ordinanza** che indica il giudice competente, sin deve ritenere impugnabile esclusivamente con regolamento di competenza (e, comunque, suscettibile di provocare il regolamento d'ufficio ad opera del giudice *ad quem*).

b.2 Ove invece il tribunale decida con **sentenza** (ancorché la norma parli solo di «*pronuncia*») assieme alla questione di competenza (evidentemente ritendola) anche il merito, il provvedimento sarà soggetto esclusivamente al mezzo di impugnazione ordinario dell'appello (ancorché la norma parli solo di «*impugnazione*»), tenuto conto che l'art. 15, comma 1, secondo periodo (vedi *ultra* sub C), regola il rilievo della questione di competenza in fase di impugnazione solo ove vi sia una deduzione mediante specifico motivo avverso la pronuncia che sul tale questione abbia statuito in modo implicito o esplicito.

La circostanza che i distinti mezzi di reazione non sono fungibili, come accade invece nel rito civile ai sensi degli artt. 42 e 43 c.p.c., impedisce di parlare nel processo amministrativo di regolamento necessario e facoltativo di competenza.

In ogni caso, finché la causa non è decisa in primo grado, ciascuna parte (e, dunque, anche il ricorrente, cui deve invece intendersi preclusa la possibilità di eccepire nel corso del processo l'incompetenza e, a maggior ragione, di impugnare la decisione, implicita o esplicita, con la quale il giudice ritiene la propria competenza) – indipendentemente dal rilievo officioso – può proporre il regolamento preventivo di competenza al Consiglio di Stato, purché non vi sia stata una pronuncia espressa, anche in sede cautelare, sulla competenza (art. 15, comma 2);

- C) **nei giudizi di impugnazione** il difetto di competenza è rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla competenza (art. 15, comma 1);
- D) infine, ove il giudice di primo grado, pur essendo incompetente, abbia pronunciato la cautela, negandola o concedendola, occorre chiedersi se il provvedimento possa essere impugnato, anche censurando la sola statuizione sulla competenza, mediante l'**appello cautelare** di cui all'art. 62.

In realtà, in assenza di una precisa indicazione del codice, è dubbio se l'ordinanza cautelare con cui il giudice adito decide la questione di competenza (ritenendola o declinandola), sia impugnabile, oltre che col mezzo proprio del regolamento di competenza indicato dall'art. 16, c. 3, c.p.a., anche mediante l'appello cautelare disciplinato dall'art. 62 c.p.c.

Ad una prima lettura sembra che l'apparente aporia («*l'ordinanza con cui il giudice adito dichiara la propria competenza o incompetenza è impugnabile...con il regolamento*») possa essere composta nel senso che, se il giudice decide solo sulla competenza (evidentemente declinandola oppure ritenendola senza però decidere sulla cautela: ad es. disponendo un incombente istruttorio), tale ordinanza è gravabile esclusivamente mediante regolamento, essendo preferibile evitare il concorso di mezzi di impugnazione eterogenei per far valere gli stessi motivi. Ove invece essa decida espressamente («*dichiara*»), sempre nella fase cautelare, sia la competenza che il merito, il mezzo unitario di impugnazione dovrebbe essere quello dell'appello cautelare.

Ciò detto, una prima riflessione, già anticipata nell'Introduzione, importante per le ricadute in sede di decisione nel merito del ricorso.

Dal complesso quadro normativo così emarginato emerge che il regolamento di competenza assume la natura di **strumento di regolazione preventiva** ovvero quella nuovissima di **mezzo di impugnazione** a seconda che venga utilizzato per rimettere (d'ufficio o ad istanza di parte nel corso del giudizio di primo grado) in prevenzione al Consiglio di Stato la questione oppure per gravare l'ordinanza declinatoria della competenza.

Si tratta di una previsione che non ha precedenti, neppure nel codice di rito civile, e che tuttavia, nel sistema della nuova competenza per territorio inderogabile, diventa quantomai opportuna per garantire il pieno e tempestivo svolgimento del diritto di difesa su quella che diventa, forse più della giurisdizione, la principale questione pregiudiziale nel processo amministrativo⁸.

Con maggiore urgenza emerge tuttavia un aspetto critico che già s'impone alla riflessione di avvocati e giudici sul piano del **diritto intertemporale**.

Quali sono, con riguardo alla questione di competenza, i poteri del giudice se il processo sia stato introdotto innanzi a Tar incompetente prima dell'entrata in vigore del codice di rito amministrativo e cioè prima del 16 settembre 2010 e sia stato anche trattato, sempre prima di questa data, nella fase cautelare, magari con la concessione del provvedimento richiesto.

Nulla quaestio (ma, vedremo nel prosieguo, alla condizione che non sia spirato il termine per proporre il regolamento di competenza ex art. 31 l. tar.) se il processo, ancorché introdotto prima del 16 settembre, venga trattato per la prima volta, in via di cautela o di merito, dopo tale data: il principio del *tempus regit actus*, che regola l'efficacia delle norme processuali nel tempo, consente senz'altro – ed anzi, per quanto riguarda il giudice, impone – l'utilizzo dei nuovi strumenti di rilievo officioso o del nuovo proteiforme regolamento di competenza.

⁸ In realtà, si assiste ad un progressivo avvicinamento delle due questioni realizzato mediante la dequotazione di quella di giurisdizione (assistita oramai dal «paracadute» della *translatio iudicii*) e l'enfaticizzazione di quella di competenza (mediante la previsione di generale inderogabilità della competenza territoriale).

Ma, cosa accade nel caso in cui vi sia stata la preventiva trattazione in sede cautelare in un momento nel quale, per l'impossibilità storica di effettuare il rilievo d'ufficio dell'incompetenza, non era stato proposto il regolamento preventivo quale unico strumento per sollevare la questione di incompetenza? E' possibile applicare le nuove norme oppure questa resta definitivamente preclusa? La questione non è di poco momento tenuto conto che il rilievo officioso dell'incompetenza può incidere, rinviando le parti ad un giudice *ad quem* dotato dei poteri di cui all'art. 16, comma 2, in ipotesi nelle quali il provvedimento cautelare è stato magari già concesso da anni da un giudice sulla cui competenza si era ormai formato una sorta di affidamento, la cui dignità in materia processuale è stata senz'altro ritenuta da Corte cost. 14 aprile 1998, n. 111.⁹

La mancata previsione nel codice di un'apposita disciplina transitoria che regoli la successione delle leggi processuali nel tempo indirizza, istintivamente direi, l'indagine verso la verifica della ripetibilità del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, sancito dall'art. 5 del codice di procedura civile, ma ritenuto pianamente applicabile anche al processo amministrativo.

In particolare, qui interessa quella parte della norma alla stregua della quale "(...) *la competenza si determina con riguardo alla legge vigente (...) al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad essa i successivi mutamenti della legge (...)*".

La disposizione è stata finora interpretata esclusivamente con riguardo ad ipotesi nelle quali la legge sopravvenuta introduceva nuovi criteri sostanziali di collegamento per l'individuazione (della giurisdizione o) della competenza, concludendo ovviamente per l'insensibilità allo *jus superveniens* della competenza già radicata al momento della proposizione della domanda.

Senonché, nel caso oggi in esame, non viene affatto in discussione il sopravvenire di un nuovo criterio sostanziale di individuazione della competenza che modifichi quello in base al quale la competenza si è radicata all'avvio del processo. Anzi, la premessa dell'indagine è, all'opposto, quella per cui la causa è stata fin dall'inizio proposta innanzi a giudice (spesso palesemente) incompetente, ma inizialmente privo del potere di rilevare d'ufficio tale eccezione, potere di cui è stato dotato, per *jus superveniens*, magari solo dopo essersi già pronunciato nel merito processuale o su altra questione pregiudiziale in fase cautelare.

In altre parole, non è cambiata la norma individuativa della competenza, ma si è arricchito lo strumentario giudiziale per il rilievo dell'incompetenza, per cui occorre chiarire se i nuovi poteri processuali così concessi al giudice possano essere legittimamente esercitati a processo già avviato ed anzi spesso già segnato da una pronuncia interinale in via di cautela.

E' senz'altro possibile sostenere, ma già si è fuori dall'area normativa dell'art. 5 c.p.c., un'interpretazione che includa tra le leggi determinative della competenza anche quelle che, precludendo a suo tempo al giudice il rilievo dell'incompetenza conclamata, hanno consentito alle parti di saldare nei fatti – nella specie attraverso la mancata proposizione nei termini del regolamento preventivo di competenza ex art. 31 legge tar – un sorta di tacito accordo delle parti in ordine alla competenza del giudice adito, radicandola definitivamente in capo al giudice incompetente secondo i criteri sostanziali di collegamento vigenti al momento della proposizione

⁹ Con riguardo al caso oggetto di rimessione, la Consulta aveva osservato, in particolare, che: «*anche in sede processuale devono valere i principi dell'affidamento, della conoscibilità dell'atto (o del momento da cui derivano oneri con effetti di preclusione o pregiudizievole) e della collaborazione leale tra soggetti che operano nel processo. Di modo che non vi può essere decorrenza di termine per onere processuale imposto dal giudice (a pena di decadenza o di inammissibilità), nonostante la astratta previsione di legge, se non vi sia informativa del provvedimento, che lo determina, alla parte cui incombe l'onere, affinché questa possa disporre dell'intero periodo previsto per l'adempimento eventuale.*

Sullo stesso piano, nelle anzidette situazioni processuali, quando sono introdotte nuove regole innovative e transitorie rispetto a processi ritualmente instaurati e pendenti, soggetti per la prosecuzione solo ad impulso di ufficio, sono manifestamente irragionevoli norme eccezionali, limitate ad un solo grado, che non prevedano - per la decorrenza di un termine di estinzione del giudizio conseguente al mancato compimento di un nuovo onere sopravvenuto a carico delle parti, con facoltà alternativa - accorgimenti procedurali di garanzia al fine di assicurare una conoscibilità minima dell'obbligo di adempimento, come un avviso alle parti con richiamo alle scelte alternative».

della domanda, in qualche modo sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 38, secondo comma, del codice di rito civile per l'incompetenza per territorio derogabile

Quel meccanismo fonda, per un verso, sulla rilevanza dell'incompetenza solo ad eccezione di parte e, per altro verso, sulla ricorrenza di un'espressa adesione dell'attore all'indicazione del giudice indicato dal convenuto come competente nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, confermata dalla riassunzione della causa innanzi a questi entro tre mesi dalla cancellazione della causa dal ruolo. In altre parole, sono stabiliti precisi termini e forme alla stregua dei quali l'accordo processuale può dirsi concluso cui occorrerebbe equiparare nel giudizio amministrativo, per farne scaturire l'intangibilità del radicamento della competenza, la mancata proposizione negli stretti termini già previsti dall'art. 31 della legge Tar del regolamento di competenza.

Si è detto che l'operazione, tuttavia, non convince ove con essa si voglia postulare una lettura quantomeno estensiva del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, declinato invece dall'art. 5 c.p.c. con esclusivo riguardo alla *legge vigente (...) al momento della proposizione della domanda*; ciò che chiaramente esclude dalla sua portata meccanismi dinamici quale quello dell'art. 38 c.p.c. appena evocato, riconducendola invece ancora una volta all'ambito dei criteri sostanziali determinativi della competenza.

Neppure convince appieno un'opzione ermeneutica che voglia per così dire "sostanzializzare" la nuova disciplina del rilievo officioso dell'incompetenza, identificando *tout court* lo *ius superveniens* con l'attributo della "inderogabilità" il quale consentirebbe, in chiave dirimente, di applicare in pieno la *regula iuris* dell'art. 5 del codice di rito civile.¹⁰ In realtà, tale attributo, lungi dall'identificare un criterio sostanziale di individuazione della competenza, se per un verso costituisce solo la premessa per l'applicazione del nuovo regime del rilievo dell'incompetenza, per altro verso finisce per spostare utilmente l'indagine proprio sul terreno generale, eterogeneo rispetto a quello dell'art. 5, della insensibilità allo *ius superveniens* di tutte le situazioni o fattispecie processuali che abbiano prodotto interamente i loro effetti (su cui v. *infra*).

Né, infine, sembra più fortunata l'operazione di verificare, ai fini di un'interpretazione analogica o estensiva dell'art. 5 c.p.c., il carattere eccezionale o meno di questa norma visto che efficacemente è stato osservato come in realtà essa possa essere considerata "tanto l'espressione di un principio generale, quanto deroga espressa ad un principio di segno opposto".¹¹

E allora non può che soccorrere, su un diverso terreno interpretativo, il principio generale, scolpito dall'**art. 11 delle preleggi**, della irretroattività della legge la quale «non dispone che per l'avvenire». Con riguardo alla legge processuale ciò comporta, in linea generale, che gli atti sono retti dalla legge vigente al tempo del loro compimento e che la legge sopravvenuta non incide sulla loro stabilità (*tempus regit actus*); nello specifico, tale principio va tuttavia declinato in combinazione con quelli in tema di "diritti quesiti, posizioni esaurite, tutela dell'affidamento o, come talora afferma la Corte costituzionale, *effetti già prodotti* delle attività processuali."¹²

E' dunque sulla scorta di tale diverso e più ampio ragionamento che può plausibilmente sostenersi la cristallizzazione della competenza in capo al giudice adito, a prescindere dalla corretta applicazione dei criteri sostanziali di collegamento, allorché nel vecchio regime processuale non sia stato proposto nei termini l'unico strumento di reazione assegnato alla parte resistente e cioè il regolamento di competenza.

Sembra alla fine di poter trarre le seguenti conclusioni:

1) l'esercizio del nuovo potere giudiziale di rilievo officioso dell'incompetenza (in uno agli strumenti di reazione previsti dagli artt. 15 e 16) resta precluso ove, nel giudizio pendente al momento dell'entrata in vigore del codice, sia già spirato il termine previsto dall'art. 31 l. Tar per la proposizione del regolamento di competenza;

¹⁰ Così CARPENTIERI, *Le questioni di competenza* cit., 33.

¹¹ Cfr. sul Punto CAPPONI, *La legge processuale civile. Fonti interne e comunitarie (applicazione e vicende)*, 3^a ed., Torino, 2009, 189 s.

¹² *Ibidem*.

- 2) tale conclusione non trova alcun fondamento o ostacolo nell'art. 5 c.p.c. che regola altra fattispecie, ma fonda invece sul generale divieto di irretroattività della legge;
- 3) per conseguenza, è invece ben possibile per il giudice rilevare d'ufficio la questione ove il termine *ex art. 31* sia ancora in corso al 16 settembre 2010, tanto più che l'art. 2 delle norme transitorie (Allegato 3 al codice) espressamente dispone che per tali termini «*continuano a trovare applicazione le norme previgenti*»;
- 4) ne discende che è ininfluente il fatto che il giudice si sia o meno pronunciato, negandola o accogliendola, sulla domanda cautelare prima dell'entrata in vigore del codice, dovendosi invece avere esclusivo riguardo all'effetto preclusivo "già prodottosi" al 16 settembre 2010 in conseguenza della mancata proposizione nei termini del regolamento di competenza.

3. L'attività istruttoria. In particolare verificaione e consulenza tecnica.

Varie sono le novità introdotte nella fase istruttoria, tra le quali:

- a) la previsione – si è visto su chiara indicazione della legge di delega – per cui i mezzi di prova possono essere ammessi monocraticamente anche da uno dei magistrati del collegio (a tanto delegato dal presidente *ex artt. 65, comma 1 e 68, comma 1*) magistrato che, sempre dietro delega (forse questa collegiale), li assume fuori udienza (art. 68, comma 2);
- b) la generalizzazione – con una scelta già ampiamente discussa – della prova testimoniale (art. 63, comma 3), finora ammessa solo nei giudizi di merito e di competenza esclusiva del g.a. (ed es. in materia edilizia ed urbanistica), assunta sempre in forma scritta secondo le modalità prescritte dall'art. 257-*bis* c.p.c.¹³

Grande rilievo assume poi la scelta di rovesciare il rapporto disegnato dalla Commissione tecnica istituita presso il Consiglio di Stato tra consulenza tecnica d'ufficio e verificaione.

Oggi molto chiaramente l'art. 19, comma 1, del codice specifica che «il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più verificatori, ovvero, *se indispensabile*, da uno o più consulenti».

¹³ Inserito dall'art. 46, comma 8, della l. 18 giugno 2009, n. 69, il quale recita: «*il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato.*

Il giudice, con il provvedimento di cui al primo comma, dispone che la parte che ha richiesto l'assunzione predisponga il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone.

Il testimone rende la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti, e precisa quali sono quelli cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione.

Il testimone sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice.

Quando il testimone si avvale della facoltà di astensione di cui all'articolo 249, ha l'obbligo di compilare il modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione.

Quando il testimone non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine stabilito, il giudice può condannarlo alla pena pecuniaria di cui all'articolo 255, primo comma.

Quando la testimonianza ha ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti, essa può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa, senza il ricorso al modello di cui al secondo comma.

Il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato».

In realtà, già prima di questa innovazione, la dottrina osservava come nessun ostacolo si frapponesse all'ammissione generale della prova testimoniale nel processo amministrativo.

La scelta, dettata evidentemente dall'esigenza di contenere le spese vive del processo soprattutto a carico delle pubbliche amministrazioni, disegna la verifica con un tratto di imparzialità che, in definitiva, garantisce sufficientemente il diritto di difesa delle parti in causa.

Ed infatti:

- a) la verifica è *sempre* affidata a un organismo pubblico, estraneo alle parti del giudizio (art. 19, comma 2, terzo periodo);
- b) il verificatore, come il c.t.u., ha l'obbligo di prestare il suo ufficio, salva l'esistenza di giustificati motivi valutati dal giudice, ciò che rafforza la natura di *munus* pubblico dell'ufficio;
- c) il verificatore, al pari del consulente, può essere ricusato per i motivi indicati nell'art. 51 del codice di rito civile (sono i casi di astensione del giudice) e, deve ritenersi – anche se, trattandosi di un organismo pubblico, assume i caratteri dell'impersonalità – che possa sottoporre al giudice motivi di incompatibilità (ad esempio in punto di carenza istituzionale della necessaria estraneità alle parti in causa) tali da integrare un giustificato motivo di esonero dall'investitura ai sensi dell'art. 20 del codice;
- d) al verificatore spetta un compenso – determinato secondo le tariffe per le spese di giustizia o quelle di settore dell'organismo, se inferiori – che è regolato in via definitiva con la sentenza che chiude il processo (art. 66, comma 4).

4. Le semplificazioni in fase di decisione. La sentenza in forma semplificata e l'assorbimento dei motivi (art. 74).

E' noto come la questione relativa alla praticabilità della tecnica dell'«*assorbimento dei motivi di ricorso*», mediante l'accoglimento di singole censure, soprattutto formali, ad opera del giudice in fase di decisione della causa abbia costituito e continui in quale modo a costituire terreno di dissidio tra la dottrina e la giurisprudenza, l'una alla ricerca della massima espansione dell'**effetto conformativo** della sentenza che, per larghi settori, costituisce ormai l'ineludibile conseguenza, in chiave di effettività della tutela, dello spostamento dell'oggetto del processo amministrativo dall'atto al rapporto e, in definitiva, al conseguimento del bene della vita, e l'altra preoccupata di rendere effettivi i principi di snellezza e ragionevole durata del processo, in particolare in materie caratterizzate da ricorsi articolati in molti e complessi motivi di impugnazione.

Si è già osservato in altra sede¹⁴ come il dubbio ingenerato dal nuovo art. 34, comma 1, del codice del processo amministrativo in ordine ad un richiamo (divenuto¹⁵) parziale del principio del chiesto e pronunciato¹⁶ e, più in particolare, l'omessa riproduzione di quella porzione di esso che impone al giudice di pronunciare anche «*su tutta la domanda*» non possa essere intesa come la chiave di volta normativa per ritenere concessa senza limiti al giudice la possibilità di assorbire i motivi di ricorso.

E ciò sia in virtù dell'accettazione che da tempo ha fatto la giurisprudenza amministrativa dell'intero principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato¹⁷ e sia del fatto che anche nella integrale vigenza di tale principio è ben consentito, nel sostanziale rispetto del principio generale di effettività della tutela giurisdizionale, l'assorbimento c.d. proprio che si ha nel caso dalla ricorrenza di motivi fungibili all'interno di un medesimo capo di domanda o di capi di domanda fungibili. Allo stesso modo, si è osservato che non può negarsi l'assorbimento nel caso di accoglimento di uno dei

¹⁴ V, *si vis*, il mio *Commento all'art. 34*, in CARINGELLA, PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 398 s.

¹⁵ Nel testo varato dalla Commissione tecnica istituita presso il Consiglio di Stato era infatti richiamata per intero la formula dell'art. 112 cod. proc. civ. e, in un passaggio, era specificato che «*quando accoglie il ricorso, il giudice deve comunque esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente*».

¹⁶ Prevede l'art. 34, comma 1, che «*in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda; a) annulla (...); b) condanna (...)*».

¹⁷ In questo senso, si vedano da ultimo C.d.S., 4.8.2009, n. 4904 e C.d.S. 8.6.2009, n. 3480.

più motivi articolati in funzione di alternative interpretazioni del provvedimento impugnato, ovvero nel caso venga riconosciuta l'incompetenza dell'autorità emanante (così ancora oggi ex art. 34, comma 2, c.p.a.), o ancora sia dichiarata l'invalidità derivata dall'annullamento di un atto presupposto.¹⁸

Né, per altro verso, può negarsi che il giudice debba, anche ove non faccia assorbimento improprio dei motivi, ordinariamente decidere seguendo il c.d. ordine logico di trattazione delle questioni¹⁹.

Senonché, se questo è l'assetto che crediamo mantenuto che anche oggi nel nuovo sistema processuale codificato, non può non osservarsi come strumenti di semplificazione decisionale realizzino espresse deroghe a tali principi.

E' il caso della «**sentenza in forma semplificata**», oggi disciplinata in via generale dall'**art. 74** del codice il quale, dopo aver individuato il campo di applicazione nei casi in cui il giudice «*ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso*», puntualizza che «*la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*».

Dalla lettera della norma si coglie agevolmente il senso dell'innovazione: è possibile accedere ad una sentenza motivata in modo stringatissimo, con sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto (laddove l'alternativa si giustappone a quanto previsto dall'art. 88, comma 2, lettera d, con riguardo alla sentenza ordinaria) ritenuto risolutivo ovvero ad un precedente conforme, quando sia riscontrata l'immediata liquidità della causa perché manifestamente da accogliere o da respingere.

Non si può allora non rilevare, nella commistione tra attività valutativa del giudice e tecnica di redazione del provvedimento decisorio, che la sentenza in forma semplificata può essere pronunciata velocemente e in modo semplice prescegliendo, tra i vari punti di fatto o di diritto sollevati con l'impugnativa, quello ritenuto risolutivo.

¹⁸ Cfr. in *Commento* cit., 399, ove si considera ulteriormente come «tale assetto è peraltro oggi sostanzialmente conservato dal codice rispetto alla versione normativa proposta dalla Commissione tecnica che aveva invece imposto in via generale al giudice, quando accoglie il ricorso, “di esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente”».

¹⁹ Per un'applicazione del principio, v. Tar Lazio, Roma, Sez. III, 18 maggio 2010, n. 11964. Anche se non è infrequente ancora oggi rinvenire nella pratica sentenze che, pur in presenza di manifeste ragioni di inammissibilità, improcedibilità, irricevibilità dell'impugnativa, preferiscono risolvere direttamente la questione giuridica di merito.

Si colloca in qualche modo in questa scia la pronuncia del giudice d'appello secondo cui: «*dall'art. 112 c.p.c. applicabile al processo amministrativo, in base al quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda, discende il principio secondo cui il giudice deve procedere nell'ordine logico, preliminarmente all'esame delle questioni che manifestando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, appaiono idonee a soddisfare più efficacemente l'interesse sostanziale del ricorrente, per passare poi all'esame degli altri motivi che, pur idonei a provocare l'annullamento del provvedimento impugnato manifestano profili meno radicali di illegittimità; costituiscono corollario di tale principio le regole per il corretto esercizio, da parte del giudice, del potere di assorbimento dei motivi, in forza delle quali non è ammesso prescindere dalla pronuncia su alcuna questione della quale si riconosca la rilevanza nella fattispecie, in considerazione del risultato cui praticamente il giudice pervenga in base a diverso criterio di decisione, ostativo della cognizione di merito delle domande*» (C.d.S., 21.11.1992, n. 925).

Più di recente, la giurisprudenza ha affermato che «*il c.d. assorbimento dei motivi è da stigmatizzare, anche nei casi di accoglimento del ricorso, perché è interesse del ricorrente avere una compiuta disamina della questione sotto tutti i profili prospettati, anche ai fini del successivo giudizio di ottemperanza ovvero della tutela risarcitoria e, segnatamente, avere una compiuta disamina dei motivi maggiormente soddisfattivi. I principi di effettività e completezza della tutela impongono di valorizzare il ruolo della domanda dell'interessato, riducendo la pronuncia di assorbimento dei motivi ai soli casi - in realtà del tutto marginali - in cui sussista un rapporto di chiara continenza, pregiudizialità logica o implicazione tra la censura accolta e quella non esaminata; si pensi alle ipotesi in cui il giudice accoglie il motivo riguardante l'omessa motivazione e, contestualmente, dichiara assorbita la censura di insufficiente motivazione. Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112 c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice*» (C.d.S., 4.8.2009, n. 4905).

Con la conseguenza che, in tal modo, risulta ben possibile che la risoluzione del solo punto decisivo della controversia determini l'assorbimento di ogni altra questione ben al di là dei limiti fin qui accettati da dottrina e giurisprudenza e autorizzi il giudice a procedere in deroga all'ordine logico delle questioni.

In sostanza, la norma sembrerebbe ricercare – in chiave di eccezione bilanciata allo stato dell'arte in materia di assorbimento dei motivi di ricorso e di ordine di esame delle questioni – una sorta di equilibrio tutto interno al principio di effettività della tutela giurisdizionale, giocato tra celerità e sommarietà della decisione. E ciò nella consapevolezza che una decisione rapida (con una scelta sull'*an* ancora una volta rimessa esclusivamente al giudice), ancorché non sia dotata di un forte contenuto conformativo, consente un'altrettanto rapida – e forse conveniente – riattivazione del percorso procedimentale.

Se questa è la rima interpretativa dell'art. 74, va subito tracciata una linea di demarcazione con l'altro istituto di semplificazione decisionale previsto dall'art. 72 nei termini per cui è assicurata priorità di trattazione nel merito ai ricorsi per la decisione dei quali, a causa della loro articolazione originaria, ovvero per la successiva rinuncia ad ogni altra eccezione o motivo (sempre che le parti concordino sui fatti di causa), **occorre risolvere una singola questione di diritto.**

In questo caso, infatti, la semplificazione (che pare debba seguire obbligatoriamente al ricorrere dei presupposti, salvo comunque il diverso avviso del Collegio) origina non dal carattere manifesto della soluzione processuale o di merito, ma esclusivamente dall'**unicità della questione** (di puro diritto) da risolvere, ancorché essa si presenti estremamente complessa e, in definitiva, tutt'altro che di semplice soluzione.

Uno strumento dunque che, in termini siffatti, non sembra destinato a sortire grandi risultati.

Ma è veramente possibile individuare nella c.d. sentenza in forma semplificata una deroga assoluta al divieto dell'assorbimento dei motivi?

In realtà, l'accelerazione non può prescindere *in toto* dall'obbligo di dare la precedenza al motivo di accoglimento in grado di **garantire la maggiore soddisfazione dell'interesse azionato.** Senonché, non sempre risulta facile individuare, soprattutto in assenza di una precisa graduazione dei motivi, quale di essi assuma – ad esempio tra i vari motivi di merito – il carattere maggiormente soddisfacente: e, tuttavia, questa difficoltà, di *mero fatto*, non può costituire serio ostacolo al riconoscimento della piena operatività del principio appena richiamato.

In definitiva, se sono vere le considerazioni che precedono, probabilmente ci si dovrà ancora chiedere qual è la vera differenza – orma generalizzata dall'art. 74 c.p.a. – rispetto alla sentenza c.d. ordinaria, consapevoli che, nella pratica, il ricorso alla decisione semplificata costituisce sovente nient'altro che un modo per dare una risposta immediata a ricorsi, ancorché corposi, che non possono ricevere sufficiente tutela in sede cautelare.

5. Osservazioni minime sulla c.d. perenzione dell'arretrato.

Prevede l'**art. 1** delle “*Norme transitorie*” (Allegato 3 al codice), rubricato “**Nuova istanza di fissazione d'udienza**” un strumento eccezionale e transitorio per lo smaltimento dell'arretrato individuato nelle cause pendenti da oltre cinque anni alla data di entrata in vigore del codice e per le quali non è stata ancora fissata l'udienza di discussione.

Il meccanismo procedurale funziona in questo modo:

- a) se nel termine di 180 giorni decorrente dal 16 settembre 2010 le parti (ma è essenzialmente il ricorrente) non presentano una nuova istanza di fissazione di udienza sottoscritta dal difensore e dalla parte personalmente, il ricorso è dichiarato perento con decreto da comunicarsi a cura della segreteria;
- b) se, però, nei 180 giorni successivi alla comunicazione del decreto di perenzione (termine soggetto alla sospensione feriale dei termini) è depositato dal ricorrente un atto, sottoscritto da lui personalmente e dal suo difensore e notificato a tutte le altre parti, in cui dichiara di

avere interesse alla trattazione, il presidente revoca il decreto di perenzione e dispone la reinscrizione nel ruolo di merito;

- c) se nei 180 giorni dal 16 settembre 2010 è comunicato l'avviso di fissazione di udienza, il giudice, ai sensi dell'art. 82, comma 2, decide il ricorso (solo) se il ricorrente dichiara, anche in udienza a mezzo del proprio difensore, di avere ancora interesse; altrimenti il presidente del collegio dichiara perentoria la causa con decreto.²⁰

La sequenza, piuttosto complessa, risponde tuttavia alle esigenze garantistiche che in passato la Corte costituzionale ha scolpito attraverso l'indicazione di precisi limiti.²¹

Ed infatti la Consulta, ha da tempo chiarito in linea di principio che «l'art. 24 Cost. non preclude al legislatore, nell'occasione della riforma di un ordinamento processuale, la facoltà di introdurre, con norme eccezionali e transitorie, nuovi adempimenti in relazione ai giudizi pendenti, ad essi condizionando l'ulteriore prosecuzione dei giudizi stessi».²²

La Corte (sentenza 16/22 aprile 1998, n. 111) ha tuttavia successivamente chiarito che, se «in ordine alla previsione di un onere di impulso processuale sotto pena di estinzione del processo, deve, infatti, confermarsi "che - in linea di principio - la garanzia costituzionale del diritto di difesa non preclude al legislatore, nell'occasione della riforma di un ordinamento processuale, la facoltà di introdurre, con norme eccezionali e transitorie, nuovi adempimenti in relazione ai giudizi pendenti, condizionando ad essi l'ulteriore prosecuzione dei giudizi stessi», è pur vero che «è sempre ammissibile un sindacato sulla ragionevolezza delle specifiche imposizioni di oneri processuali sanzionati da decadenze, preclusioni o estinzione del giudizio, in quanto il riconoscimento della pur ampia discrezionalità del legislatore nel determinare le speciali caratteristiche dei singoli procedimenti giudiziari trova un limite nell'esigenza che degli stessi non siano pregiudicati lo scopo e le funzioni e che non sia compromessa l'effettività della tutela giurisdizionale.

Pertanto, il Giudice delle leggi aveva concluso per «la illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, comma primo, e 24, comma primo, Cost., l'art. 75, comma 2, secondo periodo, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991 n. 413), come modificato dall'art. 69, comma 3, lett. h), d.l. 30 agosto 1993, n. 331, convertito, con modificazioni, nella l. 29 ottobre 1993, n. 427, e dall'art. 1 d.l. 26 novembre 1993, n. 477 (Disposizioni urgenti in materia di ricorsi alla Commissione tributaria centrale e di acconto dell'imposta sul valore aggiunto), convertito nella l. 26 gennaio 1994, n. 55, nella parte in cui non prevede che il termine per l'istanza di trattazione decorra dalla data della ricezione dell'avviso dell'onere di proposizione dell'istanza

²⁰ Ma la pratica, nella vigenza dell'art. 9 della legge n. 205 del 2000, ha già insegnato come spesso tale incumbente sia assolto dal collegio con ordinanza anziché dal Presidente che dovrebbe prima cancellare la causa dal ruolo collegiale.

²¹ Sui quali vedi la ricostruzione di POLITO, *Commento all'art. 1 dell'Allegato 3*, in CARINGELLA, PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 1271 ss. il quale conclude senz'altro nel senso che l'ampiezza del termine assegnato per la presentazione dell'istanza di nuova fissazione ed il meccanismo successivo di recupero dell'interesse della parte alle decisioni del ricorso, rendono immune l'istituto da profili di incostituzionalità sotto il profilo della lesione del diritto di difesa.

²² In questi termini la sentenza 20/29 dicembre 1982, n. 243. Nello stesso senso già la sentenza 13/20 aprile 1977, n. 63 la quale specificava che «il precetto costituzionale non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale. Nel caso in esame, la disposizione transitoria dell'art. 44 del d.P.R. n. 636 del 1972 ha stabilito che il contribuente, entro un termine perentorio dalla data di insediamento della commissione competente, è tenuto a chiedere la trattazione del ricorso o della propria impugnazione con istanza per fissazione d'udienza, nella quale deve anche indicare la residenza o l'eventuale domicilio eletto ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 15. Indubbiamente trattasi d'un atto di impulso processuale, in difetto del quale è comminata la estinzione del processo. Ma in questo speciale onere non può ravvisarsi un adempimento vessatorio, di difficile osservanza, né una insidiosa complicazione processuale, tale da ledere il diritto di difesa dei contribuenti».

stessa, in quanto - posto che deve escludersi che vi sia, in linea di principio, sul piano costituzionale, un divieto di introdurre nel processo un onere generalizzato di istanza di trattazione o di fissazione di udienza, con comminatoria di estinzione del processo, decorso un periodo ragionevole di inattività processuale; che l'onere di semplice istanza di trattazione non incide sul diritto di difesa ed e' adempimento ne' vessatorio, ne' ingiustificatamente gravoso per le parti, ne' di per sé irragionevole; che il concreto termine fissato dall'art. 75, comma 2, è costituzionalmente adeguato; e che anche in sede processuale devono valere i principi dell'affidamento, della conoscibilità dell'atto (o del momento da cui derivano oneri con effetti di preclusione o pregiudizievoli) e della collaborazione leale tra soggetti che operano nel processo - ove siano stati adempiuti tutti gli oneri processuali all'epoca vigenti a carico della parte ricorrente, e' manifestamente irragionevole introdurre una innovativa comminatoria di estinzione per la mancanza di un ulteriore adempimento di impulso processuale (peraltro alternativo alla possibilità di trasferire l'esame ad altro organo giurisdizionale), quando sia configurato come eccezionale e derogatorio, sia rispetto al sistema processuale nel suo complesso, sia riguardo ai processi pendenti negli altri gradi della stessa giurisdizione, senza prevedere che il termine per l'adempimento decorra da un avviso o comunicazione alle parti interessate».

Proprio sull'onda di questi moniti, il legislatore ha dunque deciso di concedere ampio termine sia per ridepositare l'istanza di fissazione che per reagire alla declaratoria di perenzione attraverso il mero deposito di un'istanza, a seguito di apposita comunicazione, con la quale ci si limita ad affermare la permanenza dell'interesse alla decisione. Tutti incumbenti che non possono essere intesi come eccessivamente gravosi per il ricorrente, rispondendo la sottoscrizione anche ad opera della parte alla necessità di verificare l'esistenza dell'interesse sostanziale alla decisione e la previa notifica alle altre parti (comma 2) all'esigenza di instaurare un minimo flusso informativo verso i contraddittori nella fase di risoluzione del titolo della perenzione già formatosi.

Piuttosto, proprio questi ultimi incumbenti (sottoscrizione personale e notifica) dovrebbero garantire in ordine all'effettiva permanenza dell'interesse alla decisione in capo al ricorrente.