

TERMINI VECCHI E NUOVI NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
nota a T.A.R. Catania, 14 gennaio 2001, n. 57

di FRANCESCO VOLPE
*ordinario di diritto amministrativo
nell'Università di Padova*

1. — La sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, 14 gennaio 2001, n. 57, è tra le poche che si siano occupate, espressamente, del regime transitorio, conseguente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

La fattispecie concreta riguarda un caso a cui il codice dedica una previsione espressa. Si discute, infatti, dell'individuazione del termine finale per la presentazione delle memorie: se esso sia quello dettato dal regime anteatto, ovvero se esso sia quello, più restrittivo, indicato dall'art. 73 c.p.a.

Nella specie, risulta che il T.A.R. avesse comunicato il decreto di fissazione dell'udienza prima dell'entrata in vigore del codice di rito (16 settembre 2010). Una delle parti, tuttavia, aveva depositato una memoria nel rispetto del termine dei dieci giorni liberi indicato dall'art. 23, comma IV, della legge T.A.R., ma oltre il termine di trenta giorni indicato, invece, dall'art. 73 c.p.a.

Il Tribunale ha ritenuto non ammissibile la memoria perché «partendo dalla premessa che il termine del “vecchio rito” per il deposito delle memorie difensive pari a dieci giorni liberi antecedenti l'udienza non era “in corso” (ossia, pendente) alla data di entrata in vigore del nuovo codice (16 settembre 2010), viene meno il presupposto di diritto che consentirebbe l'applicabilità del regime processuale previgente. Si ribadisce al riguardo che non è la data dell'atto di fissazione dell'udienza pubblica, ma la condizione di “pendenza” del termine, a determinare l'applicazione del vecchio regime processuale».

Né il Tribunale ha ritenuto che si potesse applicare l'istituto dell'errore scusabile (art. 37 c.p.a.): «Atteso che i termini processuali per il deposito delle memorie d'udienza sono chiari, non possono determinare dubbi interpretativi, e soprattutto erano pienamente vigenti (e rispettabili) in considerazione del fatto che il decreto di fissazione dell'udienza pubblica è del 2.09.10, il nuovo codice è entrato in vigore in data 16.09.2010, l'udienza pubblica è stata fissata per dopo circa tre mesi dalla decretazione, ossia il 2.12.2010; ne consegue che parte ricorrente avrebbe ben potuto conoscere la vigenza delle nuove norme ed avrebbe goduto pacificamente dei tempi tecnici ivi stabiliti per approntare le proprie difese».

2. — Chi scrive non condivide la conclusione resa dal giudice siciliano e non toccherà diffondersi molto per illustrarne le ragioni, dal momento che, sul tema, già ci si è soffermati in altra, precedente, occasione¹.

A nostro avviso, infatti, non è qui mestieri di applicabilità del regime dell'errore scusabile; al contrario, la memoria doveva ritenersi ammissibile perché tempestiva.

Stabilito che dallo scarno sistema del regime transitorio si ricava, con ragionamento condotto a *contrariis*, che le norme del codice processuale si applicano immediatamente anche alle controversie già pendenti², tale regola generale non vale, tuttavia, quando sussistano espresse disposizioni che stabiliscano, in via eccezionale,

¹ Sia consentito, infatti, di rinviare a F. VOLPE, *Il regime transitorio del codice del processo amministrativo*, in www.lexitalia.it, 2010, dove ci era già espressamente occupati della questione, sostenendo quanto, di seguito, ci si permette di riportare: «Vi è poi il problema dei termini a ritroso. Essi riguardano, essenzialmente, il termine per la produzione di memorie e documenti, in primo e secondo grado, prima dell'udienza di trattazione della causa. Circa tale aspetto, il problema incide non solo sull'individuazione del termine corretto, ma anche sull'individuazione del più generale regime processuale applicabile, dal momento che il codice ha previsto le c.d. memorie di replica, sconosciute, invece, nel vecchio sistema. Il termine di deposito dei documenti, secondo il codice, è indubbiamente, e sempre, più ristretto rispetto a quello previgente. Ciò vale sia con riferimento al giudizio di primo grado sia con riferimento al grado di appello. Rispetto ai vecchi termini (di venti giorni in primo grado, di trenta, davanti al Consiglio di Stato), il nuovo termine è stato, infatti, anticipato a quaranta giorni liberi prima dell'udienza. I termini per il deposito delle memorie sono stati essi stessi anticipati, perché oggi esse debbono essere prodotte trenta giorni liberi prima dell'udienza. Il termine per le memorie di replica è, invece, del tutto nuovo per i giudizi di ogni grado. Per cercare di definire il regime transitorio, pare a chi scrive che si debba, innanzitutto, distinguere il caso in cui, alla data del 16 settembre 2010, risulti essere già stata fissata l'udienza, dal caso in cui ciò non sia avvenuto. Nella seconda ipotesi e, pertanto, in mancanza della concreta individuazione - alla data del 16 settembre 2010 - del dies a quo (ancorché a ritroso), sebbene il deposito di memorie e di documenti sia comunque consentito, ciò avviene in mancanza della pendenza di termine alcuno. Per tale caso, quindi, non potrà sostenersi, che il termine di deposito sia "in corso alla data di entrata in vigore del codice" (art. 2, allegato n. 3). Pertanto - per le controversie pur instaurate prima del 16 settembre, ma a riguardo delle quali venga fissata l'udienza dopo quella data - dovranno applicarsi integralmente i termini previsti dal codice. Diversamente, per le controversie in cui, alla data del 16 settembre 2010, sia già stata fissata l'udienza di trattazione della controversia, non vi è ragione di escludere l'applicazione del regime dettato dalla disciplina previgente, perché in tal caso, appunto, il termine è "in corso alla data di entrata in vigore del codice". Poiché per tale ipotesi il termine per il deposito delle memorie ordinarie previsto dal termine previgente coincide con quello, previsto dal codice, per il deposito delle memorie di replica, queste ultime debbono ritenersi escluse. Esse vanno escluse per effetto della descritta coincidenza; diversamente, dal momento che tale termine non era previsto dalla disciplina previgente perché non erano previste neppure le memorie di replica, esse dovrebbero considerarsi astrattamente ammissibili. Esse, invece, devono ritenersi in futuro consentite anche a riguardo dei giudizi già instaurati (art.2, allegato n. 3) , ma per i quali, alla data del 16 settembre 2010 non risulti essere stata già fissata udienza».

² Sul punto, *si vis*, v. ancora F. VOLPE, *il regime transitorio*, cit.

un diverso regime.

Questo è, appunto, il caso dell'art. 2 del terzo allegato al d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Esso – significativamente intitolato «ultrattività della disciplina previgente» – prevede, infatti, che «per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti».

Il problema, pertanto, è quello di considerare se, alla data del 16 settembre 2010, fosse «in corso» – fosse cioè pendente – il termine per la produzione delle memorie difensive.

A tale questione pare a noi che si dovesse dare risposta affermativa.

L'art. 23 legge T.A.R., infatti, stabiliva: «Le parti possono produrre documenti fino a venti giorni liberi anteriori al giorno fissato per l'udienza e presentare memorie fino a dieci giorni».

L'art. 23 cit. indicava, così, che con la fissazione dell'udienza (se vogliamo, ancor più restrittivamente: con la comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza), iniziava a decorrere il termine per la produzione dei documenti e delle memorie. Termine che era destinato (per le memorie) a scadere dieci giorni liberi prima dell'udienza.

Tuttavia, come avviene per tutti i termini, anche il termine c.d. «a ritroso» nullo altro è se non la precisazione del momento in cui deve essere compiuta, nel futuro, una data attività processuale.

La sua particolarità consiste solo nel fatto che esso è delimitato da un evento del futuro (la data dell'udienza), dal quale vengono sottratti alcuni giorni.

Dunque, poiché tale termine, rispetto al momento della comunicazione della fissazione dell'udienza, è pur sempre un termine destinato a decorrere e a scadere nel futuro, esso è definito «a ritroso» solo in modo metaforico e improprio.

Nel caso di specie, pertanto, se dalla data di comunicazione dell'udienza (avvenuta prima del 16 settembre 2010) cominciava a decorrere il termine (futuro) per il deposito delle memorie (termine destinato a scadere dieci giorni liberi prima della futura udienza), allora è giocoforza riconoscere che il 16 settembre tale termine era pendente – cioè in corso – e che al caso di specie si doveva applicare il vecchio rito.

Da qui i rilievi critici che ci pare vadano sollevati a riguardo della sentenza in esame.

3. — La soluzione qui delineata non sembra che possa essere contestata neppure alla luce della nota interpretativa 29 settembre 2010, resa sul punto dal Presidente del Consiglio di Stato.

Questa nota, proponendosi di affrontare il problema dei termini di produzione documentale e defensionale nelle cause a cavaliere del 16 settembre 2010, ha sposato, invero, una via intermedia.

Intendendo scongiurare l'eventualità che, in ragione della sopravvenuta entrata in vigore del codice, le parti venissero radicalmente private dei poteri di deposito (per il caso in cui, dopo il 16 settembre, mancassero meno di quaranta giorni alla data dell'udienza), l'estensore della nota ha suggerito di applicare il vecchio rito alle sole controversie la cui udienza di trattazione nel merito risultasse fissata prima del 15 novembre 2010.

Tale data, a sua volta, è stata ottenuta sommando sessanta giorni a quella di entrata in vigore del codice.

Per le diverse cause, la cui udienza di trattazione risulti, invece, essere stata fissata dopo il 15 novembre 2010 (ancorché la comunicazione del decreto di fissazione sia stata precedente il 16 settembre 2010), si dovrebbe applicare il nuovo regime.

Il termine di sessanta giorni dal 16 settembre 2010 è invocato – dalla nota presidenziale – in ragione dell'art. 71, comma V, del codice. Esso è appunto il termine a ritroso entro cui, secondo il codice, deve oggi pervenire la comunicazione della fissazione dell'udienza. Pertanto, facendo decorrere tale termine dal 16 settembre 2010, si ottiene che, effettivamente, le parti non correranno il rischio di perdere in radice il diritto di produzione documentale e defensionale, per effetto della sopravvenuta normativa.

4. — La soluzione indicata nella nota del Presidente del Consiglio di Stato è, obiettivamente, ispirata a ragioni di buon senso e certamente, se essa fosse stata recepita nel testo del codice, sarebbe stata ben apprezzabile.

Essa, però, trova un limite che ci impedisce – riteniamo – di poterla seguire.

Detto limite è dato dal fatto che la soluzione così illustrata risulta priva di ogni riferimento di diritto positivo, utile a spiegare sulla base di quali disposizioni del codice – espresse o implicite – si possa applicare il discrimine del 15 novembre 2010.

Sia consentita, inoltre, una nota a margine, relativa al «mezzo» con cui detta soluzione interpretativa è stata prospettata.

La nota presidenziale, ora citata, è ben chiara nell'affermare che essa non intende pregiudicare «la totale autonomia dei collegi giudicanti».

Tuttavia, l'autorevolezza delle fonti e, soprattutto, la prevedibilità del fatto che, in grado di appello, saranno, verosimilmente, seguiti proprio i criteri costì illustrati, porta a considerare che, difficilmente, i giudici di primo grado si sottrarranno alle indicazioni contenute nella nota del Presidente del Consiglio di Stato.

Detta nota, a questo punto, assume in pieno la veste sostanziale di una circolare interpretativa e, per di più, normativa.

Se, però, vi sono ragionevoli motivi per dubitare che tali circolari possano essere assunte dall'Amministrazione, non meno gravi dubbi sussistono quando, ad emanarle, sia l'Ufficio di Presidenza di un organo giurisdizionale.

Qui, in effetti, non è in gioco solo la titolarità del potere normativo, ma persino il principio di divisione dei Poteri dello Stato.

5. — Infine, il lettore vorrà concedere venia se ci attarderemo su un'ulteriore osservazione a margine.

Chi scrive, in effetti, ha compreso poco perché siano stati dispiegati tanti mezzi e tante attenzioni, onde negare (o quanto meno limitare) la produzione dei documenti o delle memorie nelle cause di diritto intermedio.

La sentenza del giudice catanese ora in esame è un esempio dei toni draconiani con cui tali problemi sono oggi considerati.

Ma ve n'era bisogno?

Le cause di diritto intermedio a cui siffatti problemi si riferiscono sono tendenzialmente di numero limitato. In ogni caso, esse sono destinate ad esaurirsi ben presto.

Non può ritenersi, perciò, che l'obiettivo sia stato quello di alleggerire il materiale sottoposto alla cognizione degli organi giudicanti.

In compenso, dette limitazioni rivelano, all'osservatore esterno, una lesione sostanziale al principio di difesa e al principio del giusto processo, mentre le giustificazioni di un siffatto intervento appaiono difficilmente comprensibili.

Anche alla luce di tali rilievi, pertanto, una valutazione meno rigida sarebbe forse più auspicabile.