

Perché è sempre meglio un bicchiere mezzo pieno rispetto ad uno totalmente vuoto. La resilienza dell'avvocatura in tempi di pandemia normativa.

Dopo un tam tam insistente (plurimi inviti e delibere del CNF, di UNAA, di OCF e di tanti COA sparsi nel territorio nazionale nonché autorevoli interventi di rappresentanti della magistratura amministrativa), ormai la richiesta di estendere anche al processo amministrativo l'udienza da remoto incominciava ad assumere i toni della rassegnazione.

Del tutto inaspettatamente è giunta la notizia dell'inserimento nel DL n. 28/2020, recante misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, di una disposizione (art. 4) che ha previsto la possibilità di celebrare, anche nelle udienze di merito e cautelari, la trattazione orale mediante collegamenti da remoto con decorrenza dal 30 maggio fino al 31 luglio 2020, su richiesta dei difensori o per disposizione dei Presidenti dei TAR o del Consiglio di Stato.

La versione della norma comparsa il giorno prima, con il sistema ormai invalso da due mesi della previa diramazione ufficiale della bozza (penso che ormai sia una tecnica legislativa dell'attuale Governo, forse per vedere anticipatamente "di nascosto l'effetto che fa" come nella famosa canzone di Enzo Jannacci), era sicuramente peggiorativa rispetto a quella poi contenuta nel DL pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. Permangono, peraltro, diverse criticità non solo imputabili alla stesura della norma, ma anche al diluvio di altre disposizioni tutt'ora vigenti, contenute in DDLL già convertiti od in attesa di conversione con le quali deve necessariamente essere raccordata.

Ma vediamo in concreto quali sono i nuovi adempimenti processuali previsti fino al 31 luglio 2020.

1) Prima fase fino al 29 maggio 2020

Permane il processo cartolare coatto (giusta definizione contenuta nelle note ordinanze del Consiglio di Stato 21 aprile 2020 nn. 2538 e 2539), senza possibilità di chiedere l'udienza da remoto. Per le udienze di merito, oltre ai documenti ed alle memorie previste dall'art 73 cpa, esiste la possibilità di depositare delle brevi note due giorni liberi prima dell'udienza, che assolvono alla funzione di un surrogato della trattazione orale. Per le udienze cautelari non sono previste note di udienza, di talchè per questo tipo di procedimenti il contraddittorio e la parità tra le parti sono violate due volte, non solo perché la trattazione orale è esclusa, ma perché non esiste la possibilità per il ricorrente di replicare neppure per iscritto alle memorie ed ai documenti depositati da controparte due giorni liberi (uno nel caso di termini dimezzati) prima dell'udienza.

Sia per le udienze di merito che per quelle cautelari è sempre possibile chiedere il rinvio in ossequio ai principi del giusto processo di cui agli artt. 24 e 111 Cost e dell'art. 6 della Cedu, in linea con quanto statuito nelle ordinanze della VI Sezione del Consiglio di Stato soprarichiamate ovvero procedere al deposito tardivo di documenti e memorie ex artt. 54 e 55 cpa, posto che l'assenza di un'udienza orale, anche al fine di replicare alle difese di controparte, è in grado di integrare le gravi ed eccezionali ragioni richieste dalle suddette norme.

2) Seconda fase 30 maggio-31 luglio 2020

È stata introdotta la possibilità di chiedere, anche da una sola delle parti, l'udienza da remoto. Per le udienze di merito la richiesta deve essere formulata entro il termine per il deposito delle memorie di replica mentre per le udienze cautelari il termine è di 5 giorni liberi prima dell'udienza. Se l'istanza è congiunta la richiesta di udienza da remoto è automaticamente accolta, altrimenti il Presidente può valutare l'opposizione di controparte. Anche il Presidente può disporre l'udienza da remoto indipendentemente dalla richiesta delle parti, entro i termini sopra previsti. Quando è disposta la discussione da remoto, la segreteria comunicherà il giorno prima dell'udienza l'avviso con ora e modalità di collegamento. In alternativa alla discussione, la norma prevede che si possano depositare fino alle ore 9 antimeridiane del giorno dell'udienza delle note di udienza (da non confondere con le brevi note

introdotte originariamente dall'art 84 del DL n. 18/2020 o la richiesta di passaggio in decisione; in entrambi i casi l'avvocato sarà considerato presente in udienza. Se si terrà l'udienza con collegamento da remoto, il decreto del Presidente del Consiglio di Stato di cui al comma 2 stabilirà i tempi della discussione e replica.

3) Commento e rilievi critici

Le criticità possono essere così sinteticamente riassunte:

- se la richiesta è formulata da una sola delle parti è previsto che la controparte possa opporsi ma non è specificato in che termine. Fino a quando? Non si comprende poi quali motivazioni potranno essere addotte per opporsi. Non certo di ordine tecnico, posto che il processo amministrativo è integralmente telematico, di talché diventa difficile sostenere di non poter fare un collegamento, essendo sufficiente una connessione, una pec ed una mail. Ne d'altronde qualunque opposizione potrà ostacolare l'accoglimento dell'istanza di collegamento da remoto perché sarebbe come rimettere alla controparte la decisione se poter discutere o meno oralmente la causa e ciò sarebbe palesemente in contrasto con i principi del giusto processo.
- non è previsto il termine entro cui il giudice comunica la sua decisione sull'accoglimento o meno dell'istanza per il collegamento da remoto. Al più tardi potrebbe coincidere con l'avviso dell'ora di collegamento trasmesso dalla segreteria il giorno prima dell'udienza ma sarebbe troppo tardi, di talché dovrebbe essere immediatamente dopo la presentazione dell'istanza.
- forse non ha senso far richiedere la discussione orale contestualmente alla memoria di replica per i giudizi di merito o cinque giorni liberi prima dell'udienza per quelli cautelari perché in quel momento non si conoscono ancora le difese avversarie di talché il difensore per cautela chiederebbe in ogni caso la trattazione con collegamento da remoto che solo successivamente potrebbe ritenere inutile, soprattutto nell'ipotesi in cui sia necessario chiedere un rinvio della causa ovvero una trattazione nel merito della stessa.
- è prevista, in alternativa alla discussione, la possibilità di depositare note di udienza fino alle ore 9 del giorno dell'udienza stessa ovvero di passare in decisione la causa (sugli scritti). Non si capisce francamente se tale facoltà scatta se non viene accolta l'istanza di collegamento da remoto (come dovrebbe) o se sia una facoltà esperibile sempre, anche nell'ipotesi che si tenga l'udienza orale senza presenza fisica. Nella seconda ipotesi vi sarebbe una violazione del principio della parità delle parti perché si consentirebbe ad uno dei difensori di depositare delle note di udienza la mattina stessa dell'udienza senza che l'altra parte che ha richiesto la discussione possa conoscerle. Quando vi è una trattazione orale tutte le parti (ivi compreso il pubblico) possono ascoltare le tesi di controparte ed eventualmente replicare mentre con le note di udienza, presumibilmente non conoscibili da chi discuterà visto che sono depositate la mattina stessa, ciò non avviene. D'altra parte non è possibile che con il collegamento da remoto siano riconosciute prerogative a chi non discute maggiori di quelle che avrebbe ora (rectius prima dell'8 marzo 2020) in una qualsiasi udienza orale. Un difensore può anche non discutere una causa se controparte decide invece di discutere, ma certamente non può in luogo della discussione, depositare delle note di udienza. L'unica interpretazione legittima è che tale facoltà possa essere esercitata solo se non viene concesso e/o disposto il collegamento da remoto.
- il periodo dal 30 maggio al 31 luglio 2020 è caratterizzato da un processo ipercartolare, posto che accanto alle tradizionali memorie sono previste le brevi memorie introdotte dall'art 84 del D.L n. 18/2020, fino a due giorni liberi prima dell'udienza e le note di udienza, in alternativa alla

discussione (con l'ambiguità sopra rilevata). Occorrerebbe eliminare le brevi note che avevano un senso come surrogato della discussione quando non c'era la possibilità di trattare oralmente le cause, neppure da remoto, e sostituirle con le note di udienza ma solo nell'eventualità che l'udienza non si tenga affatto con nessuna modalità, nè in presenza fisica nè da remoto.

In conclusione si auspica:

- che l'art. 4 del DL n. 28/2020 sia modificato in sede di conversione con la previsione che l'udienza con il collegamento da remoto sia disposta automaticamente anche sulla base di un'istanza di una sola delle parti, senza possibilità che le controparti si oppongano e senza alcuna discrezionalità rimessa al Presidente del TAR o di Sezione del Consiglio di Stato, fatta eccezione per quei casi in cui sia tecnicamente impossibile ricorrere al collegamento;
- nell'ipotesi che non sia introdotta la predetta modifica, che siano in ogni caso stabiliti dei termini congrui e certi entro cui le controparti possono esprimere il proprio dissenso sul collegamento da remoto ed il Presidente debba decidere sulla relativa istanza, al fine di consentire un'organizzazione del collegamento in tempi consoni ovvero in alternativa, se l'istanza sia respinta, la possibilità di predisporre delle note di udienza;
- che il termine per presentare l'istanza di collegamento da remoto sia successivo e non contestuale alle memorie di replica e che per i procedimenti cautelari, per i quali sia stata già richiesta la trattazione orale con collegamento da remoto, essa possa essere eventualmente rinviata dopo il deposito di documenti e memorie delle parti in giudizio;
- che sia eliminato il deposito delle brevi note previste dall'art 84 del DL 18/2020 e che il deposito delle note di udienza ex art.4 del DL n 28/2020 sia consentito solo nel caso che non sia stata chiesta o comunque non si esperisca l'udienza mediante il collegamento da remoto.

Si auspica, infine, che le Associazioni specialistiche maggiormente rappresentative possano essere previamente consultate in sede di redazione del decreto del Presidente del Consiglio di Stato atto a regolamentare le udienze da remoto e che l'Avvocatura, sia appartenente al libero Foro che allo Stato ed agli altri Enti pubblici, partecipi con lo stesso impegno e volontà che hanno determinato il successo del PAT alla nuova sfida telematica.

Ovviamente l'auspicio finale più sentito è che si possa tornare al più presto all'udienza orale con presenza fisica di tutti gli attori del processo e ciò, non solo perché vorrà dire che saremo finalmente usciti dall'emergenza sanitaria Covid-19, ma anche perché il distanziamento sociale non deve tramutarsi in distanziamento giurisdizionale e ciò in ossequio ai principi del giusto processo, dell'immediatezza e della concentrazione, che stanno a fondamento del confronto orale tra giudici e avvocati.

Avv. Daniela Anselmi