

Lo stato dell'arte sulle udienze "da remoto" nel processo amministrativo: vecchie e nuove criticità del modello normativo

Autore: Gambetta Davide

In: Diritto civile e commerciale

SOMMARIO 1. Il termine per presentare l'istanza di discussione da remoto in vista della camera di consiglio per la discussione di affari cautelari 2. Criticità del modello normativo 3. Il contraddittorio sulla discussione da remoto: l'istanza e l'atto di opposizione 4. Conclusioni: la prudenza delle norme e il "difficile" accesso all'udienza telematica

Con il D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020[1] sono state reintrodotte nel tessuto vivo e mutevole del processo amministrativo dell'emergenza le tanto dibattute udienze "da remoto", ossia le udienze tenute in videoconferenza, con l'ausilio di strumentazioni tecnologiche capaci di assicurare l'interlocuzione tra le parti e il giudice, foriere in epoca recente di una nuova e inaspettata forma virtuale di contraddittorio.

L'art. 25 del D.L. appena citato, nel richiamare le disposizioni dell'art. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28[2], ha riproposto ora come allora, le medesime meccaniche operative e organizzative per lo svolgimento delle udienze da remoto. Non sembrerebbe però essere stata colta l'occasione per intervenire su alcune obiettive problematiche che interessavano la disposizione di cui all'art. 4 appena citata fin dalla sua genesi normativa, tanto che la stessa viene oggi riproposta con un passivo richiamo, lasciandola essenzialmente indenne da qualsiasi rimeditazione o aggiustamento[3].

Eppure, come cercheremo di evidenziare per brevi e salienti punti, gli aspetti da mettere in discussione potevano certamente esserci.

Il termine per presentare l'istanza di discussione da remoto in vista della camera di consiglio per la discussione di affari cautelari

Una prima criticità abbastanza evidente consiste nel fatto che, mentre nel caso delle udienze pubbliche la richiesta di discussione da remoto può essere avanzata entro il termine per le repliche - termine che

possiamo considerare ragionevole anche per esprimere l'intenzione di discutere oralmente in videoconferenza - per gli affari cautelari la richiesta deve invece essere presentata cinque giorni liberi prima della data della camera di consiglio[4].

Ora, è appena il caso di ricordare che, nel rito cautelare, alle parti è consentito di depositare documenti e memorie fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio[5], dunque ad oggi dopo la scadenza del termine per presentare l'istanza di discussione da remoto. Sicché le parti si trovano a dover meditare la necessità di chiedere o meno la discussione prima che siano spirati i termini per le difese scritte e documentali.

Un tale assetto è foriero di un potenziale cortocircuito per la strategia difensiva della parte che, nel quinto giorno antecedente alla camera di consiglio, potrebbe, allo stato degli atti, ritenere non necessaria la discussione da remoto e dunque non presentare la relativa istanza, per poi veder sorgere l'interesse a replicare in udienza improvvisamente alla scadenza dei termini difensivi per memorie e documenti, a seguito dei depositi avversari.

Criticità del modello normativo

È ben noto che il preavviso previsto dal legislatore per la presentazione dell'istanza di discussione da remoto obbedisce alla finalità pratica di consentire la predisposizione anche tecnico-operativa delle attività propedeutiche al collegamento da remoto, ma nel caso degli affari cautelari l'illogico ordine in cui i due termini (per presentare istanza di discussione da remoto e per versare in atti memorie e documenti) finisce per risolversi in un potenziale pregiudizio in danno della parte che, all'atto di decidere se richiedere la discussione da remoto, non può che essere ancora ignara dell'esatta consistenza e portata delle difese avversarie. Al tuziorismo seguirebbe quindi una certa giustificabile propensione per la richiesta prudenziale della discussione.

La norma finisce quindi per collidere con un principio di logica processuale: se l'udienza fisica era anche - e forse principalmente - la sede per le repliche alle produzioni difensive avversarie e l'udienza da remoto si propone come espediente sostitutivo della prima, non si comprende perché si pretenda di esprimere l'opzione per la sua attivazione prima di avere contezza delle effettive difese agli atti del giudizio. Si pone quindi essenzialmente un problema sul termine per la presentazione dell'istanza di discussione da remoto [6] in relazione agli affari cautelari, del tutto trascurato nella nuova tornata legislativa.

La soluzione, ad oggi e nella limitatezza del dettato normativo, per la parte che sia ormai decaduta dalla facoltà di avanzare l'istanza di discussione da remoto e ritenga di dover replicare alle difese avversarie in discussione da remoto, non può che essere l'urgente presentazione di un'istanza di rinvio per confidare che sia così ricomposto il contraddittorio e riconosciuto un margine per repliche.

Il contraddittorio sulla discussione da remoto: l'istanza e l'atto di opposizione

Anche in questa seconda tornata normativa sulle udienze da remoto, persiste poi il complesso meccanismo che prevede lo svolgimento dell'udienza solo a seguito di un complesso avvicendamento di interlocuzioni tra parti e giudice. Il sistema in vigore, ora come nella prima fase dell'emergenza[7], prevede infatti una caratteristica fase di contraddittorio sulla necessità dell'udienza da remoto.

Soltanto l'istanza di discussione presentata da tutte le parti, infatti, comporta l'automatico svolgimento dell'udienza da remoto. Nel caso sia soltanto una delle parti (o più tra loro, ma non tutte) a richiedere l'udienza da remoto, alle altre spetta la possibilità di opporsi con atto formale da depositare in giudizio[8]. Tra il termine per le repliche e l'udienza, nel caso di udienza pubblica, ovvero negli ultimi cinque giorni prima della camera di consiglio nel caso di affari cautelari, laddove non tutte le parti presentino l'istanza di discussione da remoto, dovrebbe quindi - secondo il modello normativo - consumarsi un contraddittorio interno sull'opportunità dell'udienza da remoto, all'esito del quale la decisione compete al presidente. L'esigenza di un tale incalzante contraddittorio "sulla" istanza di discussione da remoto, dimostra una forse eccessiva prudenza verso lo svolgimento dell'udienza telematica.

Per di più, alla parte che - convocata per l'udienza da remoto - non intenda parteciparvi la disciplina del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 riserva il diritto di presentare note sostitutive della propria partecipazione all'udienza, ulteriore misura di protezione del diritto di non partecipare all'udienza telematica.

Conclusioni: la prudenza delle norme e il "difficile" accesso all'udienza telematica

La celebrazione dell'udienza da remoto nel processo, quando l'istanza provenga da una sola parte, è quindi filtrata da un doppio meccanismo prudenziale della cui proporzionalità può forse dubitarsi e che impone alle parti assai spesso una ulteriore profusione defensionale scritta (istanza, atto di opposizione).

Ritenendo, come parrebbe ragionevole, che l'udienza da remoto sia finalizzata a sostituire, tentando di conservarne la sostanza, l'udienza in presenza, non si comprende l'esigenza di riservare alle parti la facoltà di opporsi formalmente alla celebrazione. Se le dominanti prassi organizzative prevedono[9], per l'udienza in presenza, che l'affare sia spedito in decisione su concorde richiesta delle parti e negli altri casi sempre discusso[10], non si vede perché il medesimo meccanismo non possa trovare applicazione per l'udienza da remoto. Dunque, ove anche solo una tra le parti chiedesse l'udienza da remoto, questa dovrebbe auspicabilmente comunque tenersi.

Ciò sembra ancor più ragionevole considerando che la parte non intenzionata a partecipare all'udienza da remoto conserva nel modello del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 il diritto di versare in atti le note sostitutive della propria partecipazione in udienza.

Tali rilievi muovono più che altro nel senso di evidenziare come il legislatore ben avrebbe potuto meglio approfondirsi - in questa seconda fase dell'emergenza - per "normalizzare" la formula dell'udienza telematica come opportunità di preservazione del contraddittorio nel difficile svolgersi dell'emergenza sanitaria, senza presidiare l'attivazione di tale modello procedimentale con adempimenti onerosi che rischiano di tradursi in fattori dissuasivi. Diversamente parrebbe alimentarsi la propensione per il diverso modulo procedimentale del passaggio in decisione senza discussione orale, che pur già ritenuto conforme ai principi costituzionali[11], non appare certo la miglior espressione del principio di oralità del processo[12].

Volume consigliato

Note

[1] "Decreto Ristori".

[2] Estendendone in certa misura e in certi limiti l'applicabilità fino al 31 gennaio 2021.

[3] Alle udienze da remoto nel processo amministrativo chi scrive ha dedicato, nella prima fase dell'emergenza e sempre per questa rivista, i seguenti approfondimenti: D. Gambetta, Le udienze "da remoto" nella giustizia amministrativa: lo stato dell'arte alla luce dei recenti interventi emergenziali da COVID-19, in questa rivista, 5 maggio 2020, D. Gambetta, L'istanza di parte per lo svolgimento dell'udienza "con collegamento da remoto" nel processo amministrativo: una rassegna della (primissima) giurisprudenza sul tema, in questa rivista, 8 giugno 2020, D. Gambetta, Brevi note sul termine per la proposizione dell'istanza per la discussione della causa con collegamento da remoto nel processo amministrativo dell'emergenza, in questa rivista, 10 giugno 2020, ma anche e in certa misura D. Gambetta, Principio di oralità e passaggio in decisione "senza discussione" nel processo amministrativo dell'emergenza: l'art. 84 del d.l. 18 del 2020 supera una (prima) prova di costituzionalità, 1 giugno 2020.

[4] Tale termine è previsto poi, nel periodo transitorio dal 9 al 20 novembre 2020, per tutte le udienze, camerale e pubbliche.

[5] Art. 55, comma 5 c.p.a.

[6] Sul medesimo termine - in questa rivista - si muovevano dubbi e considerazioni, nella prima fase dell'emergenza, già in D. Gambetta, L'istanza di parte per lo svolgimento dell'udienza "con collegamento

da remoto” nel processo amministrativo: una rassegna della (primissima) giurisprudenza sul tema, in questa rivista, 8 giugno 2020, e in D. Gambetta, Brevi note sul termine per la proposizione dell’istanza per la discussione della causa con collegamento da remoto nel processo amministrativo dell’emergenza, in questa rivista, 10 giugno 2020.

[7] Basti rinviare alla nostra fotografia dello stato dell’arte in D. Gambetta, Le udienze “da remoto” nella giustizia amministrativa: lo stato dell’arte alla luce dei recenti interventi emergenziali da COVID-19, in questa rivista, 5 maggio 2020.

[8] Il sistema di invio avvisi della giustizia amministrativa, almeno per alcuni uffici giudiziari, invia alle parti un apposito avviso dell’avvenuta presentazione dell’istanza di discussione da remoto proprio al fine di consentire la presentazione di atti di opposizione.

[9] Recte prevedevano, prima del nuovo regime emergenziale.

[10] A nulla rilevando l’opposta volontà di una delle parti.

[11] A questo specifico aspetto è dedicato l’approfondimento D. Gambetta, Principio di oralità e passaggio in decisione “senza discussione” nel processo amministrativo dell’emergenza: l’art. 84 del d.l. 18 del 2020 supera una (prima) prova di costituzionalità, in questa rivista, 1 giugno 2020.

[12] Come dimostrano alcune non imprevedibili problematiche processuali, ad esempio quella oggetto di approfondimento in D. Gambetta, Decisione “senza discussione orale” nel processo amministrativo e rilievo d’ufficio di questioni non oggetto di contraddittorio: un nuovo dilemma della “terza via”?, in questa rivista, 20 maggio 2020.

<https://www.diritto.it/lo-stato-dellarte-sulle-udienze-da-remoto-nel-processo-amministrativo-vecchie-e-nuove-criticita-del-modello-normativo/>