**Sull’opposizione alla discussione e allegazione documentale alternativa nel regime della oralità mediata eventuale**

La lettura dell’art. 4 del d. l. 30 aprile 2020, n. 28 – che introduce, fino al 31 luglio 2020, il regime dell’udienza ad oralità mediata eventuale – sta dando vita a interpretazioni contrastanti. Riprendendo qualche osservazione già formulata (ne *Il processo amministrativo solidale*, in corso di pubblicazione per i tipi di Wolters Kluwer Italia, *Il processo civile solidale*, a cura di A. Didone e F. De Santis e in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), vorrei formulare qualche ulteriore riflessione sul regime dell’*opposizione* alla discussione orale e del deposito alternativo di note di udienza.

Sotto il primo profilo, l’art. 4 è chiaro nel riconoscere senz’altro il diritto alla “*discussione orale*” della causa: il punto di partenza è, cioè, che, nella auspicabile coda del periodo emergenziale – che fa seguito alla discussa fase del processo obbligatoriamente cartolare – “*può essere chiesta discussione orale*”, ancorché “*mediante collegamento da remoto*”.

L’istanza – per evidenti ragioni di ordine organizzativo – è assoggettata ad un *termine*, ma *non è condizionata* ad alcun vaglio presidenziale (che, a tacere di ogni altro rilievo, non potrebbe risolversi in un apprezzamento *ex ante* di utilità delle modalità di esercizio delle facoltà difensive).

Non è condizionata, a dispetto delle apparenze, *mai ed* *in alcun modo*.

Innanzitutto, non è dubbio che se l’istanza è presentata “*congiuntamente da tutte le parti costituite*”, essa è (cioè va: si tratta di indicativo deontico) senz’altro accolta, nel senso che il decreto che autorizza la discussione è, sotto ogni profilo, vincolato. Si tratta della ipotesi in cui tutte le parti, in guisa convergente (ancorché, come è chiaro, non necessariamente *uno actu*) hanno fatto istanza di discussione *telematica*, esercitando la facoltà riconosciuta dalla norma: la quale – pur disattendendo l’auspicio, da più parti formulato, di autorizzare, dopo la fase del contraddittorio obbligatoriamente cartolare, la discussione *in praesentia* – ha individuato una soluzione che può dirsi equilibrata proprio nella misura in cui riconosce *senz’altro* il diritto di discutere (almeno) “*da remoto*”.

È, nondimeno, una facoltà incondizionata anche negli “*altri casi*” in cui: *a*) o le altre parti, o anche solo alcune di esse, *non hanno* chiesto la discussione; *b*) o, addirittura – esercitando la facoltà espressamente riconosciuta loro dalla norma – vi si sono *opposte*.

Occorre, infatti, interrogarsi sul senso di questa facoltà di opporsi (“*eventualmente*”) alla richiesta di discussione formulata dalle controparti.

Dovrebbe, in effetti, essere ribadito che ciascuna delle parti può disporre solo delle *proprie* facoltà processuali: ci si può, in altri termini, liberamente *sottrarre*, come è ovvio, alla discussione chiesta da altri (così come si può optare per l’*assenza*), ma – in via di principio – non vi ci si può *opporre*. Discutere (ancorché “*sinteticamente*”: cfr. artt. 55, comma 7 e 73, comma 2 c.p.a.) è un *diritto* del difensore: e non può essere “*condizionato*”, né dal rifiuto della controparte, né da un apprezzamento *ob utilitatem a priori* da parte del (presidente del) collegio. La discussione orale, insomma, non può essere *preclusa*, ma solo *regolata* nei *tempi* e nei *modi*, ed ora anche nelle *forme* (cfr. art. 73, comma 2 c.p.a. e art. 11 delle norme di attuazione).

Ne discende che l’opposizione alla istanza di discussione non può (comunque) risolversi in una sollecitazione alla definizione della lite “*allo stato degli atti*” (che – accolta che fosse dal decreto presidenziale – si risolverebbe in una compressione del diritto di difesa in alcun modo giustificata, posto che il processo *ammette la discussione orale da remoto*).

A bene vedere, del resto, lo stesso tenore testuale della disposizione riferisce l’opposizione non già alla discussione orale *in sé*, ma, appunto, alla “*discussione da remoto*”: il che significa che (come è logico) non si può contrastare la richiesta di discutere, ma (solo) la richiesta di discutere *inter absentes*, con modalità telematiche.

Perciò, l’opposizione va acquisita (*in positivo*) come richiesta di discutere *in praesentia* e non, come richiesto dalle controparti, da remoto.

Ne discende che il presidente – valutando istanze ed opposizioni (intese, nel senso chiarito, quale *istanze divergenti*) – dovrà valutare *non già l’alternativa tra discussione da remoto e passaggio in decisione allo stato degli atti* (senza discussione), ma tra la prima e il rinvio della controversia, a data successiva al 31 luglio, per una discussione ordinaria. Ed è questa, come è chiaro, una valutazione che dovrà verisimilmente fondarsi sulla opportunità o meno (avuto riguardo alla natura della controversia, agli interessi in gioco ed allo stato dei fatti), di differire la trattazione.

Ogni altra interpretazione rischia di essere sospetta sotto il profilo della legittimità costituzionale. Più che di oralità *condizionata*, può, quindi, dirsi che si tratti di *oralità mediata* (cioè gestita in via telematica, non nella immediatezza della discussione *inter praesentes*) *eventuale*: nel disaccordo delle parti (cioè, di nuovo: confrontandosi istanza di discussione telematica ed opposizione alla stessa), non si potrà impedire la discussione, ma solo disporla alternativamente da remoto (*accogliendo l’istanza*) ovvero, previo rinvio, in via ordinaria (*accogliendo l’opposizione*). La decisione “allo stato degli atti” postula, per contro, che *nessuno abbia chiesto di discutere* (si tratta di una forma di *assenza* dalla udienza telematica, come si comprende alla luce del regime delle note di udienza alternative).

Appare coerente con tale interpretazione il fatto che sia previsto, come si dirà, un termine per la formalizzazione dell’istanza di discussione (da riguardarsi verisimilmente come perentorio, sia alla luce della ratio che della regola generale di cui all’art. 73, comma 1 c.p.a.) e non per la relativa opposizione (che potrà, perciò essere formalizzata bensì successivamente, *per ragioni logiche*, all’istanza cui intenda contrapporsi ma antecedentemente, *per ragioni pratiche*, della decisione presidenziale ): è vero, infatti, che l’opposizione alla discussione telematica si risolve, in positivo – se si condividono le esposte premesse – in una istanza di discussione in presenza, ma essa rappresenta, in concreto, una reazione alla richiesta di discussione telematica, quale alternativa al passaggio immediato in decisione, allo stato degli atti (che si avrà, dunque, solo *quando alcuna delle parti chieda alcunché*).

In altri termini, l’opponente (che non abbia chiesto per sé la discussione) si accontenterebbe di una udienza meramente cartolare: ma – quando la controparte o una delle controparti volesse discutere – fa valere l’interesse (*meritevole di vaglio, e perciò non assoluto*) a discutere in udienza “pubblica”.

Residua il dubbio se sia lecito invocare *recta via* la discussione *in praesentia*: la norma non lo dice, ma – per coerenza – deve ritenersi senz’altro possibile (sotto la specie della richiesta di rinvio per poter partecipare alla discussione orale ordinaria). Appare plausibile assoggettare tale richiesta allo stesso termine previsto per la discussione telematica: sia perché, in sua assenza, la causa passerebbe in decisione allo stato degli atti; sia per evidenti ragioni organizzative.

Ovvio che il rinvio possa, comunque, essere disposto d’ufficio: non solo (come d’ordinario) dal Collegio, che ne ravvisi la necessità o anche la mera opportunità, ma anche direttamente dal presidente (anche, eventualmente, in accoglimento della istanza-opposizione di parte).

Nella riassunta prospettiva, ben si intende la regola che consente al presidente di disporre, con proprio decreto, la discussione (telematica) d’ufficio (appare non del tutto appropriata la diffusa definizione di discussione “coatta”: essendo ovvio che la stessa può essere sollecitata, ma giammai imposta): l’ipotesi si riferisce all’eventualità che alcuna delle parti abbia chiesto la discussione (ovvero lo abbia fatto, per esempio, tardivamente), ma emerga la necessità (od anche solo l’opportunità) di una (eventuale: si tratta di prospettica competenza collegiale) sottoposizione alle parti di questione rilevata (*recte*: rilevabile) d’ufficio, ai sensi dell’art. 73, comma 3 c.p.a. . In definitiva, l’interesse a “sentire le parti” può giustificare la fissazione (che non è certo “imposizione”, essendo le stesse libere di non partecipare, restando assenti) di una discussione, quale alternativa al passaggio in decisione immediato allo stato degli atti.

Quanto al termine per proporre l’istanza di discussione (telematica), è discutibile la fissazione in cinque giorni per i procedimenti cautelari, per i quali – come non si è mancato criticamente di evidenziare da più parti – le parti hanno facoltà di “depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio” (art. 55, comma 5 c.p.a.), dimidiati per i riti abbreviati ex art. 119 c.p.a.: il che rende difficile una ponderazione “al buio” delle esigenze difensive e della opportunità di sollecitare la discussione orale.

Il problema è meno grave, ma non eliminato, del resto, anche per le udienze di merito, per le quali l’art. 84, comma 5 D.L. 18/2020 continua prevedere la facoltà di depositare “brevi note” fino a due giorni liberi prima (in questo caso, peraltro, il carattere meramente illustrativo delle note in questione e la facoltà, prevista – come si dirà – dall’art. 4 D.L. 28/2020 di depositare ulteriori “note di udienza” anche in limine alla apertura dell’udienza di trattazione – stempera alquanto il problema).

La norma non prevede che l’istanza (o l’opposizione) siano oggetto di notifica alle controparti, sicché la relativa formalizzazione avviene mediante deposito nelle ordinarie modalità telematiche. In proposito, l’art. 2 D.P.C.S. del 22 maggio 2020 dispone che, ove l’istanza non sia proposta da tutte le parti costituite, la segreteria sezionale sia onerata della trasmissione, anche ai fini della eventuale opposizione, dell’”avviso di avvenuto deposito”.

Qualche osservazione merita anche la previsione della facoltà – normativamente strutturata quale “*alternativa alla discussione*” – di depositare, *in limine* (e segnatamente “*fino alle 9 antimeridiane del giorno dell’udienza stessa*”: *a*) o “*note di udienza*” oppure *b*) “*richiesta di passaggio in decisione*”

È evidente la *ratio*, che mira a disincentivare, per il periodo emergenziale, il ricorso alla discussione. È dubbio, come si è detto, che la norma abroghi implicitamente l’art. 84, comma 5, che continua a prevedere la facoltà di depositare “*brevi note*” entro due giorni dall’udienza: norma concepita, in effetti, per un processo cartolare coatto.

Di là da ciò, la questione che si pone è se la facoltà in questione sia subordinata alla previa fissazione (in accoglimento dell’istanza di parte o in via officiosa) di una “*discussione*”. O se, per contro, le note (o la richiesta) possano essere depositate anche in caso di decisione cartolare, disposta allo stato degli atti.

Va detto, comunque, che il deposito di note è alternativo “*alla discussione*”, non alla “*istanza di discussione*”: anche quando quest’ultima fosse disposta (ad istanza di parte o d’ufficio) è, perciò, da ritenere che la parte possa rinunziarvi, limitandosi al deposito di osservazioni scritte. Ovvio, per contro, che la parte che non abbia chiesto la discussione (ovvero vi si sia vanamente opposta) non solo può avvalersi di tale facoltà di deposito, ma può anche e senz’altro partecipare alla discussione, in quanto disposta.

Ciò posto, la regola, per come formulata, sembra sottendere che – ai fini della rituale acquisizione delle note o dell’istanza di passaggio in decisione – sia stata fissata (in accoglimento di una istanza in tal senso od in via officiosa) una discussione. Ciò parrebbe trovare conferma che la regola equipara il deposito alla “*presenza”* in udienza.

In realtà, sembra più congruo – assecondando una direttiva ermeneutica di fondo – intendere la regola nel senso della introduzione di un minor numero di eccezioni alla disciplina generale dei processi. In tal senso, l’alternativa si pone non tra *assenza* e *presenza*, ma tra discussione della parte (telematicamente) presente e mera allegazione documentale.

Detto meglio: l’udienza disciplinata dall’art. 4 del d.l. n. 28/2020 è *aperta a tutte le parti che vogliano discutere*; la richiesta in tal senso *va accolta* in modo incondizionato (l’opposizione è, come detto, alla discussione *da remoto*, non alla *discussione in sé*). La ragione per cui per poter prendere la parola è necessaria una tempestiva istanza è, come vale ribadire, *di ordine meramente organizzativo* (trattandosi di prefigurare “*modalità idonee”*): serve alla *disciplina* dell’udienza (e coerentemente passa per i poteri ordinatori del presidente). Chi non ha *chiesto per tempo* di parlare, non può farlo *non perché non si tratti di un’udienza*, ma per una limitazione giustificata dalle modalità telematiche, che richiedono il previo “accreditamento tecnico”, anche per ragioni di sicurezza.

Se non può discutere “oralmente”, tuttavia, la parte può affidare allo scritto le proprie difese. Dove è scritto “*in alternativa alla discussione*”, si intende infatti (è sufficiente leggere l’*incipit* della norma) alternativa alla “*discussione orale*”. È come se, aperta l’udienza, solo chi abbia fatto richiesta possa “*prendere la parola*”: ma non per questo è *assente*, quando affidi *in limine* allo scritto la propria richiesta di passaggio in decisione o, eventualmente, le proprie note “*di udienza*” (in senso stretto).

Con ancora più lungo discorso, il deposito liminare della richiesta di passaggio in decisione (eventualmente accompagnata da note illustrative) rappresenta la modalità con la quale il difensore, pur rinunziando alla *discussione orale*, si *presenta* in udienza telematica (ed in questo senso va acquisita la regola per cui egli “*è considerato presente*”, pur non essendolo fisicamente). *Assente* è solo il difensore che non abbia chiesto di discutere e neppure di surrogare la “presa di parola” con l’allegazione dello scritto.

La soluzione alternativa finisce, a ben vedere, per negare *senza giustificate ragioni* il pieno esplicarsi del diritto di difesa: in una situazione normale, per parlare sarebbe stato sufficiente al difensore *presenziare alla chiamata della causa*, secondo l’ordine del ruolo e all’orario fisato; a fronte delle limitazioni alla presenza fisica *imposte dal contesto emergenziale*, si dovrà quanto meno considerare (sempre) possibile la “*presenza virtuale*” affidata allo scritto e (sempre) concedere – previa tempestiva richiesta – la possibilità di discutere oralmente.

È, questa, imposta dalla logica *solidaristica* e non meramente *efficientistica* che – deve ritenersi – ispira il processo dell’emergenza: non limitare più dello stretto necessario le facoltà difensive.

 **Giovanni Grasso**

 Consigliere di Stato

Pubblicato il 9 giugno 2020