L'art. 25 del D.L. 137/2020 ha provveduto a ripristinare, per il periodo compreso tra il 9 novembre 2020 e il 31 gennaio 2021, lo strumentario processuale creato per ovviare alle criticità prodotte dalla pandemia da SARS-CoViD-2 e costituito, per quale che attiene alla Giustizia amministrativa, dall'art. 4 del D.L. 28/2020.

In seguito, come noto, il termine del 31 gennaio 2021 è stato oggetto di varie proroghe e da ultimo per effetto dell'art. 6, comma 1, lett. e) del D.L. n. 44/2021 (convertito con L. n. 76/2021) è stato portato al 31 luglio 2021.

Trattasi della oramai da molti sperimentata possibilità di partecipare alle udienze mediante collegamenti telematici che ha consentito alla "macchina" della Giustizia amministrativa di continuare a marciare senza rischi epidemiologici, nonostante tutto.

V'è da dire, però, che le udienze in questione, per evidenti finalità organizzative connesse anche alla trasmissione dei c.d. link di collegamento ai difensori interessati, vanno sempre "prenotate" con un determinato anticipo, diversamente nessuna discussione sarà possibile e la causa passerà semplicemente in decisione sulla base delle difese scritte già in atti e senza necessità di ulteriori incombenti.

Al riguardo, difatti, l'art. 4 del D.L. 28/2020, cui l'art. 25 del D.L. 137/2020 fa rinvio, stabilisce che "*può essere richiesta la discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica, ovvero per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito*" di modo che la discussione rimane facoltativa, ma la medesima facoltà è esercitabile entro termini ben precisi.

Vero è, tuttavia, che il Presidente del Collegio valutate le circostanze, se lo ritiene, può sempre disporre che la discussione in udienza si tenga d'ufficio: tale evenienza risulterà senza dubbio necessaria nelle ipotesi di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a ovvero quando la decisione verta su di una questione rilevata d'ufficio dal Giudice.

Negli altri casi, invece, la possibilità di accedere alla discussione orale (in fase cautelare o di merito) risulta nella disponibilità delle parti, come pure alle medesime è rimessa l'opzione di affidare le argomentazioni sulle quali si vorrebbe incentrare la discussione ad una breve nota d'udienza.

Al riguardo, l'art. 4 citato prevede in effetti che "*in alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa*", note che in tal senso costituiscono un surrogato della partecipazione del difensore all'udienza.

Tale aspetto era stato oggetto di una precedente breve nota dello scrivente pubblicata su questo sito il 23 novembre 2020 dal titolo "Par condicio advocatorum? *Riflessione breve sull'utilizzo dello strumento delle note d'udienza nel regime processuale emergenziale*" in cui si era evidenziato che il deposito delle note in questione postulava che:

1. i) l'istanza di discussione fosse stata regolarmente proposta entro i termini fissati;
2. ii) fosse stato, conseguentemente, assunto il decreto presidenziale che dispone la discussione da remoto.

Ragion per cui, in assenza tali preliminari passaggi, il deposito di note d'udienza appariva definitivamente precluso e non poteva certamente essere consentito, pena la palese violazione del contraddittorio processuale tra le parti in lite e del principio di parità delle parti in processo sancito all'art. 111 Cost.

Ora, quanto sopra ha trovato definitiva consacrazione nell'ambito della giurisprudenza che ha confermato a più riprese l'impossibilità di valersi di note d'udienza ove la discussione non sia stata previamente richiesta ed accordata.

In tal senso, si è statuito che "*deve in via preliminare essere dichiarata l'inammissibilità delle note di udienza depositate dalle ricorrenti in data 21 maggio 2021.*

Osserva, invero, il Collegio che:

– l'art. 25 del d.l. n. 137/2020 – convertito dalla l. n. 176/2020 e modificato dall'art. 1, co. 17, del d.l. n. 183/2020 (conv. dalla l. n. 21/2021), e dall'art. 6, co. 1, lett. e), del d.l. n. 44/2021 – dispone l'applicazione dell'art. 4, periodi quarto e seguenti, del d.l. n. 28/2020 (come modificato dalla legge di conversione n. 70/2020) alle udienze che si svolgono dal 9 novembre 2020 al 31 luglio 2021;

– il citato art. 4 consente alle parti di depositare, fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa, note di udienza o richiesta di passaggio in decisione – così considerandosi il difensore presente a ogni effetto in udienza – ma esclusivamente "in alternativa alla discussione", la quale nella controversia in esame non è stata chiesta (v. T.A.R. Sicilia, Sez. III, sentenze n. 1759/2020 e n. 1353/2020), con conseguente applicazione, quanto al deposito di memorie in vista dell'udienza di trattazione del merito, del termine (dimezzato) previsto dall'art. 73, co. 1, cod. proc. amm.;

– le note depositate dalle ricorrenti il 21 maggio 2021 si sostanziano in una replica alle difese ritualmente depositate da (…), cui peraltro le ricorrenti hanno anche replicato, in

vista dell'udienza.

Pertanto, di tali note, in quanto inammissibili, non si terrà conto ai fini della decisione; come, parimenti, non si terrà conto di quelle depositate da (…) il 24 maggio 2021" (cfr. in motivazione TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 11 giugno 2021 n. 1891).

Quindi, le note d'udienza spontaneamente dimesse, senza la preventiva istanza di discussione, risultano *de facto* inutilizzabili da parte del Collegio e ciò anche se sulle stesse la controparte abbia irritualmente avuto modo di replicare rispristinando in qualche modo il contraddittorio (tant'è che pure la replica è stata nel caso stimata inammissibile).

Come pure, simmetricamente, vanno espunte dal giudizio le note scritte dimesse se in seguito il difensore della parte in cui favore le stesse sono state redatte decida ugualmente di partecipare alla discussione orale, tant'è che "*deve ribadirsi l'inutilizzabilità delle note d'udienza depositate dalle appellanti, a fronte della presenza dei relativi difensori alla discussione della causa, in quando lo strumento delle note d'udienza è configurato dall'art. 4 d.l. n. 28/2020 (richiamato dall'art. 25 d.l. n. 137/2020) come facoltà difensiva alternativa a quella della discussione orale (in termini, C.G.A. ordinanza 21 dicembre 2020, n. 1151)*" (CGA Regione Siciliana 20 gennaio 2021 n. 37).

Di sicuro interesse appare anche un altro arresto con cui "*va preliminarmente osservato che il ricorrente, in dichiarata risposta alla difesa dell'Amministrazione, ha inteso "replicare alle memorie dell'avvocatura (di Stato, procuratrice del Ministero della Difesa – n.d.r.)" con uno scritto difensivo intitolato "Note d'Udienza", depositato il 26.4.2021, due giorni prima della celebrazione dell'udienza di discussione del ricorso, fissata per il successivo 28 aprile.*

Detto scritto difensivo pare integrare, per i suoi dichiarati contenuti e le dimensioni che lo connotano, una vera e propria replica alle tesi difensive articolate dalla parte avversa, che avrebbe dovuto essere depositata nel termine decadenziale prescritto dall'art. 73 cod. proc. amm., termine palesemente non rispettato. Si tratta dunque di uno scritto tardivo.

Né il ricorrente può pretendere di eludere la rilevata tardività e di insinuare nel giudizio la predetta memoria avvalendosi della disciplina di cui all'art. 4, comma 1, D.L. n. 28/2020 (convertito dalla L. n. 70/2020). (…)

Secondo un orientamento che questo Tribunale condivide, "la presentazione di note d'udienza esige che la discussione sia stata chiesta da almeno una delle parti o sia stata disposta dal Presidente d'ufficio e che dunque l'ulteriore confronto dialettico in prossimità della trattazione sia stato sollecitato. Il rapporto di alternatività va inteso in concreto, per

cui in assenza del predetto impulso alla discussione la causa passa in decisione senza possibilità di depositare scritti difensivi (nel senso che quindi gli scritti sono considerati inutilizzabili: T.A.R. Piemonte, sez. II, 22/12/2020 n. 899 e 29/12/2020 n. 910; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 14/12/2020 n. 2891; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 5/1/2021 n. 34)" (così T.A.R. Milano, sentenza n. 813/2021).

Ne consegue l'inammissibilità delle "Note di udienza" depositate dal ricorrente, trattandosi di un giudizio per il quale non è stata disposta la discussione orale, sicché la causa è passata in decisione ai sensi dell'art. 25, comma 2, del D.L. n. 137/2020" (TAR Trentino-Alto Adige, Bolzano, 6 maggio 2021, n. 136).

Dal predetto insegnamento giurisprudenziale pare ricavarsi, da un lato, che le note d'udienza non possono assurgere, quanto a relativa estensione, a delle vere e proprie memorie dovendo giocoforza risultare di limitata estensione e, dall'altro, che le note possono essere depositate anche dal difensore che non ha richiesto di discutere, a patto che l'istanza in questione si stata proposta da una delle controparti e alla stessa sia seguita la fissazione dell'udienza.

Inoltre, è stato pure chiarito che lo scritto sostitutivo della discussione orale prescinde totalmente dal deposito di eventuali memorie e repliche nei termini ordinariamente previsti, essendo sufficiente che l'istanza di discussione venga proposta da almeno una delle parti.

Sul punto, in vero, il Consiglio di Stato ha giudicato che "*nella camera di consiglio del 14 gennaio 2021 il ricorso è stato assegnato a sentenza, previo deposito di note di udienza di entrambe le parti.*

Il Comune di (…) ha contestato la "nota di udienza" depositata dall'appellante in data 8 gennaio 2021, sostenendo che, trattandosi di una vera e propria memoria difensiva, con allegata documentazione, avrebbe dovuto essere prodotta nel termine dimezzato degli artt. 73 e 87 Cod. proc. amm., e che sarebbe comunque tardiva la produzione documentale.

2.3.1. Va premesso che detta nota è stata depositata ai sensi dell'art. 4, comma 1, periodi quarto e seguenti, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, così come richiamati dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31.12.2020, n. 183.

La disposizione richiamata prevede, per la parte di interesse, che "In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno

antecedente a quello dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza": la distinzione operata dalla norma tra "note di udienza" e "richiesta di passaggio in decisione" sta a significare che, nel primo caso, le note scritte tengono luogo della discussione orale di cui all'art. 73, comma 2, Cod. proc. amm., sempre possibile anche quando le parti non abbiano depositato memorie ai sensi dell'art. 73, comma 1, Cod. proc. amm. (laddove la richiesta scritta di passaggio in decisione tiene luogo della presenza del difensore dinanzi al Collegio, resa impossibile dalle modalità con le quali l'udienza è tenuta, ai sensi delle richiamate disposizioni). Pertanto, la nota di udienza depositata dal difensore dell'appellante è utilizzabile quanto alle argomentazioni difensive ivi svolte, in luogo appunto della discussione orale da remoto, per la quale lo stesso difensore dell'appellante ha ritenuto di non avanzare apposita istanza, sempre ai sensi delle richiamate disposizioni.

Non è invece utilizzabile il documento allegato, da ritenersi tardivamente prodotto poiché risalente alla data del 18 novembre 2020 (che ne avrebbe consentito la tempestiva produzione ai sensi degli artt. 73 e 87 Cod. proc. amm.)" (cfr. in motivazione, Sez. V, 30 marzo 2021 n. 2670).

Del pari, in un'altra pronuncia sul tema, si legge che "*il Collegio deve preliminarmente dichiarare l'inammissibilità delle ulteriori note di udienza prodotte in giudizio dalla parte ricorrente oltre a quelle già presentate il 26 febbraio 2021. L'art. 4, co. 1 del d.l. n. 28/2020, convertito dalla legge n. 70/2020 ed espressamente richiamato dall'art. 25 del d.l. n. 137/2020, convertito dalla legge n. 176/2020, per vero, ha sancito che "In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza". Dalla lettura piana della disposizione richiamata emerge chiaramente sia la tempestività dell'atto depositato dall'Avvocatura Generale dello Stato, acquisito il giorno antecedente all'udienza alle 09:10, ossia prima delle ore 12, sia l'inammissibilità delle ulteriori note depositate in replica dalla parte ricorrente. La funzione di tale istituto, per vero, introdotto dalla normativa processuale in tempo di pandemia da "Covid-19", è esclusivamente quella di fungere da alternativa all'istanza di discussione, producendo quale unico effetto quello di far considerare presente la parte all'udienza mediante una fictio iuris. Ciò determina, a parere del Collegio, in adesione ad un orientamento già emerso in tal senso nella giurisprudenza amministrativa, che l'utilizzo di tale strumento sia consentita a "ciascuna parte una sola volta e non sono consentite plurime note di udienza né repliche alle altrui note di udienza, pena una defatigante moltiplicazione di scritti difensivi" (C.G.A., sentenza n. 144/2021), peraltro non prevista dalla legge*" (TAR Lazio, Sezione III *bis*, 15 marzo 2021

n. 3083).

L'orientamento testé riportato focalizza un altro punto interessante, vale a dire che le note d'udienza, proprio in quanto sostitutive della partecipazione alla discussione orale, devono essere al massimo una per parte senza possibilità di depositare, seppur entro i termini, ulteriori note in replica a quelle già dimesse delle altre parti.

Per altro, va detto che in materia si registrano anche interventi per così dire più aperturisti, nel senso che tendono a privilegiare una piena emersione delle questioni su cui si incentra il contenzioso sottoposto al Collegio, tendendo ad assicurare la formazione di un contraddittorio tendenzialmente pieno piuttosto che orientandosi per una lettura formalistica della normativa in parola.

Sono intervenute, infatti, decisioni in base alle quali, "*deve essere preliminarmente rigettata l'istanza della parte resistente affinché siano dichiarate non utilizzabili le note scritte depositate dai ricorrenti l'11/12/2020 alle ore 08:59.*

0.1a La disposizione pertinente è l'art. 4 comma 1 del D.L. 28/2020 conv. in L. 70/2020 (richiamato dall'art. 25 comma 1 del D.L. 137/2020). Nella parte di interesse statuisce che "… può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica …. mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza … In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza. Il decreto di cui al comma 2 stabilisce i tempi massimi di discussione e replica".

0.1b La citata disposizione consente alle parti di depositare, fino alle ore 12:00 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa, note di udienza o richiesta di passaggio in decisione esclusivamente "in alternativa alla discussione" (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III – 25/11/2020 n. 2506).

0.1c Posto che il deposito di note difensive in prossimità dell'udienza non può accompagnarsi alla discussione orale mediante collegamento telematico (per cui i contendenti sono chiamati a scegliere tra la produzione di scritti e la partecipazione in modalità "da remoto"), la norma di legge è suscettibile di un'interpretazione ampia nel senso che appare consentito in ogni caso – e dunque anche se le parti non hanno presentato istanza di trattazione orale da remoto – il deposito di scritti difensivi fino alle ore 12:00 antimeridiane del giorno antecedente a quello dell'udienza per esprimersi sulle questioni

controverse e spiegare un pieno contraddittorio (T.A.R. Liguria, sez. II – 19/6/2020 n. 412)" (cfr. in motivazione TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 12 gennaio 2021, n. 13).

Nella medesima ottica, diciamo "sostanzialista", nel rigettare l'eccezione l'inammissibilità delle note d'udienza prodotte in mancato ossequio alle formalità previste dall'art. 4 del D.L. 28/2020, si è deciso che *"in specie, i contenuti delle citate note d'udienza costituiscono replica ai nuovi argomenti, in merito alla natura non provvedimentale del censurato avviso d'allerta, formulati nella memoria dell'(…) di data 24 aprile 2021 – ovvero nell'ultimo giorno consentito per il deposito di memorie e documenti nella fase cautelare, per il combinato disposto degli artt. 55, V comma, e 52, IV comma, c.p.a. – nonché alla corposa consulenza tecnica contestualmente depositata, in relazione ai quali la ricorrente non era più in termini per chiedere la trattazione orale, sicché la loro ammissibilità risulta strumentale allo spiegarsi, su dette questioni, del pieno contraddittorio (e non pregiudica la ricorrente per la sua decisione di non aver richiesto precauzionalmente la discussione da remoto, ciò che, in termini generali, finirebbe per essere pressoché imposto al difensore diligente, seguendo l'interpretazione proposta da parte resistente, ad evitare il rischio di non poter fornire adeguata risposta a difese scritte presentate in termine ma* in limine*)*" (TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 3 maggio 2021, n. 141).

Si è così dato ugualmente ingresso a note d'udienza che, benché non effettivamente precedute dalla richiesta di discussione, costituivano necessaria replica a difese scritte depositate allo spirare del termine, dal momento che diversamente l'istanza in questione avrebbe assunto natura pressoché obbligata.

In definitiva, le pronunce sopra complessivamente riportate mettono in luce la necessità che le note d'udienza, in quanto sostitutive della discussione orale (da richiedersi in anticipo anche da parte del solo difensore più diligente), ne ricalchino essenzialmente i contenuti, il perimetro e le finalità.

Nondimeno, proprio per tale natura, non si può escludere che in determinate situazioni, soprattutto in relazione alla fase cautelare in cui le posizioni processuali delle parti possono apparire ancora non del tutto consolidate o ancora non ben definite, esigenze di salvaguardia del contraddittorio facciano prevalere comunque la necessità di ammettere l'ingresso delle note scritte, pur se non dimesse nel pieno rispetto delle formalità previste, al mero fine di consentire al Collegio di avere piena contezza sulle circostanze oggetto di giudizio.

Stefano Canal