

L'avvocato, il giudice e l'aruspice

Qualche anno fa, quando ero un giovane avvocato alle prime udienze presso il TAR, avevo conosciuto un avvocato che, con tono scherzoso, diceva che, quando sarebbe andato in pensione, si sarebbe messo a fare l'aruspice, grazie alla esperienza maturata in parecchi anni di udienze cautelari.

Presso gli antichi romani l'aruspice era un sacerdote che prevedeva il futuro, esaminando le viscere degli animali.

Col passare del tempo, il concetto mi è diventato più chiaro.

Cosa succede nelle udienze cautelari (c.d. sospensive) davanti ai TAR?

Il comma 1 dell'articolo 55 del codice del processo amministrativo stabilisce che sulla richiesta di misure cautelari il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio e il comma 7 precisa che nella camera di consiglio gli avvocati sono sentiti, ove ne facciano richiesta.

Il collegio, quindi, deve decidere a prescindere dalla presenza degli avvocati o dalla loro richiesta di essere sentiti.

In ogni caso non è il collegio che chiede agli avvocati di parlare, se questi ultimi non ne sentono l'esigenza.

Per prassi all'inizio di una giornata di udienze cautelari, il presidente fa l'appello e chiede agli avvocati chi vuole discutere l'istanza cautelare, la quale altrimenti viene decisa sulle base delle carte prodotte.

E' intuitivo che chiedere di discutere l'istanza cautelare ha un senso pratico **in primo luogo** se l'avvocato deve aggiungere qualcosa di nuovo rispetto a quello che già risulta dagli atti scritti prodotti, per esempio perché nel frattempo la P.A. ha emanato un nuovo provvedimento (un annullamento, una revoca, una rettifica) o perché è accaduto qualcosa di rilevante da sottoporre alla attenzione del collegio. E in effetti spesso l'udienza cautelare inizia con la domanda posta dal presidente del collegio: "avete qualcosa da aggiungere rispetto a quello che già avete scritto?". In verità alcuni avvocati hanno l'abitudine di chiedere in ogni caso di discutere l'istanza cautelare, anche se non hanno nulla di nuovo da aggiungere o addirittura se la controparte sia contumace, per una sorta di scrupolo professionale, come se ripetere a voce quello che è già stato scritto potesse aiutare il collegio a comprendere meglio quello che si voleva dire.

In secondo luogo l'opportunità di discutere l'istanza cautelare può nascere da una circostanza diversa, vale a dire dalla esigenza di replicare a quello che le controparti hanno scritto nelle proprie difese (controricorso della P.A. o memorie difensive delle altre parti). Qui le cose possono complicarsi: supponiamo che la controparte proponga una ventina tra

eccezioni (processuali o di merito) e difese. Nei pochi minuti che l'avvocato ha a disposizione per discutere in una udienza cautelare è molto difficile replicare in modo preciso e completo a tutte queste eccezioni e difese e, quindi, deve concentrarsi su alcune di esse, quelle che gli sembrano più pericolose per il buon esito della istanza cautelare. Non è detto, però, che le questioni che sembrano importanti all'avvocato lo siano anche per il collegio, anzi spesso è successo proprio l'opposto, vale a dire che il collegio abbia respinto l'istanza cautelare valorizzando un argomento difensivo della controparte che l'avvocato del ricorrente riteneva chiaramente infondato al punto di non meritare particolari attenzioni difensive. Questo, per esempio, può accadere, se l'argomento difensivo sia smentito per tabulas dagli atti prodotti, che l'avvocato del ricorrente erroneamente presume siano noti al collegio quasi parola per parola, mentre magari non è così, perché nessuno ha puntato l'indice su questa parte dei documenti prodotti.

Può succedere anche il contrario, vale a dire che, nonostante le difese, l'istanza cautelare sia accolta su premesse la cui erroneità di fatto non sia stata adeguatamente evidenziate dai difensori al collegio, magari sul convincimento soggettivo che fosse evidente.

E' ragionevole pensare che il collegio arrivi all'udienza avendo già maturato un convincimento circa la decisione da prendere, fatta salva la possibilità di mutarlo all'esito della discussione, ma il collegio raramente fa capire agli avvocati il proprio orientamento, limitandosi più spesso a stare silenzioso, dando la parola alle parti, senza alcuna indicazione. Ecco allora che gli avvocati (soprattutto nei casi illustrati sopra nella parte "in secondo luogo"), per provare a dire qualcosa di utile al proprio cliente, sono in qualche modo costretti a tirare a indovinare l'orientamento del collegio, anche da segnali quasi impercettibili collegati con la mimica facciale dei giudici, sviluppando così le doti aruspicine di cui si parlava. Ma, come gli aruspici dell'antica Roma non sempre riuscivano a indovinare (altrimenti probabilmente l'impero romano sarebbe ancora in vita), così molto spesso anche gli avvocati tirano abbastanza a caso, non facendo in questo modo un buon servizio alla giustizia sostanziale.

Vista dal punto di vista degli avvocati, la discussione sarebbe molto più produttiva se ci fosse un dialogo intenso e concreto col collegio proprio sul merito della decisione che verrà presa.

Tuttavia l'articolo 18 del codice del processo amministrativo stabilisce al comma 1 che al giudice amministrativo si applicano le cause di rikusazione previste dal codice di procedura civile. L'articolo 52 del codice di procedura civile stabilisce che il giudice può essere rikusato nei casi nei quali l'articolo 51 prevede che egli debba astenersi. L'articolo 51, comma 1, n. 4, prevede l'obbligo di astensione del giudice quando egli abbia dato consiglio nella causa. Più in generale si può pensare che in conseguenza di questo il codice attuale metta il giudice a rischio di rikusazione nel caso in cui si dubiti della sua imparzialità per avere comunicato il proprio orientamento, al fine di alimentare una seria

discussione della causa? Il rischio c'è, anche se forse non è così scontato come qualcuno teme.

E' evidente, peraltro, che per arrivare al risultato sopra indicato bisognerebbe prima capire se anche ai giudici esso appaia funzionale alla buona amministrazione della giustizia e poi modificare le disposizioni processuali in modo tale che sia prevista una diversa modalità di discussione, senza rischi per nessuno.

Intanto, finchè ragioniamo su queste cose, si avvicina anche per me il momento in cui l'arrivo dell'età pensionabile mi consentirà di dedicarmi all'arte aruspicina, mettendo così a frutto l'esperienza accumulata in questi anni di frequentazione delle aule di giustizia.

Dario Meneguzzo - avvocato

Per www.italiaius.it

Malo, 25 febbraio 2019