

Claudio Cecchella

**Trattazione scritta, a distanza,
digitalizzazione degli atti:
cosa resterà nel processo civile
dell'emergenza epidemiologica**

**Conversazioni sul lavoro dedicate a
Giuseppe Pera dai suoi allievi**

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei
diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza
sanitaria e della crisi.**

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabbriellini, *Barriera bianca con interferenze bianche*, 1991
(Ciclo Barriere)

Claudio Cecchella

Trattazione scritta, a distanza, digitalizzazione degli atti: cosa resterà nel processo civile dell'emergenza epidemiologica

*aggiornato al 15 febbraio 2021

** Relazione, rielaborata anche con le novità normative *medio tempore* sopravvenute, svolta all'incontro di studio su “*Giustizia civile: bilancio della pandemia e idee per il futuro prossimo*” tenutosi presso il Tribunale di Pisa il 27 ottobre 2020, in occasione della *Giornata Europea della Giustizia*, organizzata da Maria Giuliana Civinini

*** Per gentile concessione della Rivista *Questione Giustizia*, sulla quale il presente saggio è stato pubblicato il 15 febbraio 2021

Sommario: 1. Il metodo. 2. La trattazione scritta, “da remoto” e mista secondo le regole del processo civile emergenziale. 3. Il consenso delle parti alla trattazione in deroga all’art. 180 c.p.c. 4. La natura dei termini e le preclusioni nel processo di cognizione. 5. La generalizzazione del deposito telematico degli atti e documenti, anche nel procedimento innanzi alla Corte di cassazione. 6. I principi di sintesi e chiarezza nella redazione delle note scritte e il contraddittorio. 7. Le nuove ipotesi di estinzione per inattività. 8. La dinamica delle regole: la sanzione all’inosservanza delle forme. 9. La prospettiva di una disciplina ordinaria delle nuove forme di trattazione. 10. L’oralità e l’art. 6 della C.e.d.u. 11. Il principio dell’oralità nella sua accezione contemporanea e storica.

1. Il metodo.

È noto come il legislatore italiano imponga proroghe infinite a norme straordinarie o dilazioni, per un tempo indeterminato, all’entrata in vigore di riforme generali, la cui effettività è rinviata *ad libitum* (recente vicenda del codice della crisi dell’impresa¹).

¹ Art. 5, d. l. 8 aprile n. 23 del 2020, convertito nella legge n. 40 del 2020. Sul tema sia consentito rinviare, con analisi critica delle ragioni del rinvio, a Cecchella, *La riforma del diritto della crisi dell’impresa al tempo dell’epidemia Covid-19*, in *Judicium*, 2020, 216 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

La tecnica della proroga è tuttavia l'anticamera dell'introduzione di una nuova disciplina, che viene proposta inizialmente come straordinaria, in relazione ad un'emergenza, ma che presto o tardi si trasforma in regime ordinario.

Anche nella vicenda normativa epidemiologica, riferita al processo civile, la sensazione è che, giunti alla quarta proroga – al momento in cui scriviamo e in attesa di ulteriori – con scadenza 30 aprile 2021, si voglia progressivamente anestetizzare le reazioni degli operatori, avviandoli all'anticamera di una riforma della disciplina ordinaria applicabile alla giustizia civile, particolarmente in quella sua manifestazione ormai prevalente, sul piano delle forme, che è quella elettronica e digitale.

In questa prospettiva l'atteggiamento dell'interprete non può essere di completo rifiuto della soluzione o di acritico rigetto², atteggiamento che non ha mai condotto a frutti significativi, solo che si pensi alle polemiche nei primi anni novanta sull'introduzione del giudice di pace, per la tipologia di reclutamento dei titolari dell'organo (proprio in questi giorni con la recrudescenza del dibattito sui giudici onorari e che ha fatto perdere agli ordini professionali il controllo delle nomine³). Atteggiamento di rifiuto, che non ha impedito l'introduzione dell'istituto, secondo i disegni originari del legislatore. E' preferibile perciò misurarsi, anche criticamente se necessario, con le soluzioni proposte e che preludono ad una riforma più generale, al fine di correggerne gli aspetti meno coerenti con le garanzie del giusto processo e con i principi di rango costituzionale.

Ecco allora che l'occasione per uno studio della disciplina emergenziale, qual è stata la giornata pisana di studi⁴, impone una trattazione più ampia di quanto resterà nel sistema, ispirata ad uno spirito che non può essere solo esasperatamente critico, bensì più opportunamente costruttivo, nella consapevolezza di un'intensa influenza della normativa straordinaria sul futuro del processo civile.

Sono in gioco, infatti, valori di centrale rilievo, anche costituzionale, quali il contraddittorio, il diritto di difesa, il giusto processo nella sua accezione di processo legislativamente

² Conf. Pagni, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in www.judicium.it; Biavati, *Processo civile e pandemia, che cosa passa, che cosa rimane*, di prossima pubblicazione su *Riv. trim. dir. proc. civ.* che l'Autore ha messo a disposizione della comunità scientifica in bozza, ove si legge: "Del resto, è evidente che non ha senso opporre barriere al progresso tecnologico, in una sorta di ludismo dei tempi odierni"; dello stesso Autore Biavati, *Note sul processo civile dopo l'emergenza sanitaria*, in www.giustiziainsieme.it (5 luglio 2020). Ugualmente, Valerini, *In difesa dell'udienza da remoto*, in www.judicium.it. In una prospettiva prevalentemente critica invece Scarselli, *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in Judicium.it (13 maggio 2020).

³ Cfr. *Il giudice di pace, Commento alla legge 374/1991*, a cura di M. Acone, Napoli, 1992, in part. 7 ss.

⁴ Incontro di studio su "Giustizia civile: bilancio della pandemia e idee per il futuro prossimo", cit.

regolato, nel quale difesa e contraddittorio possono condursi con il solo limite delle forme processuali, a loro volta imposte a garanzia della loro piena espressione.

Escludere la presenza in udienza, infatti, e quindi la possibilità di una replica immediata alle difese avversarie o ai rilievi dell'ufficio genera preoccupazioni non secondarie sull'esercizio effettivo del contraddittorio, particolarmente se la trattazione deve condursi in forma scritta. La concessione di un solo termine difensivo con la trasmissione di note scritte può essere all'origine di remore irrimediabili alla replica, quando in esso una delle parti introduca elementi innovativi sul quale deve condursi il contraddittorio dell'avversario, oppure quando il giudice ritiene di rilevare una questione, che avrebbe evidenziato in udienza per proporre un'immediata discussione delle parti⁵.

Esiste, poi, alla luce della prima normativa emergenziale, il tema delle deroghe al principio di riserva di legge, in coincidenza con l'exasperazione del lockdown, essendosi abbandonata la normazione alle determinazioni dei dirigenti degli uffici giudiziari⁶. Il risultato è stata una diversificazione da tribunale a tribunale o addirittura da sezione a sezione dello stesso tribunale e con soluzioni, in alcuni casi, *contra legem* (come diremo in relazione alla comparizione delle parti nei procedimenti di separazione o divorzio o nella creazione di un nuovo regime di estinzione del processo).

2. La trattazione scritta, “da remoto” e mista secondo le regole del processo civile emergenziale.

È noto come l'insieme degli artt. 170 e 180 c.p.c., novellati dalla legge n. 80 del 2005, che è intervenuta nuovamente sull'assetto delle preclusioni e delle decadenze nella fase introduttiva del processo a cognizione piena di rito ordinario, abbia ridotto significativamente le occasioni di trattazione scritta, non essendo più il giudice abilitato alla concessione di termini per lo scambio di memorie scritte ed essendo astrattamente autorizzabili solo quelle previste dalla legge, in alcuni casi su istanza di parte (artt. 183, 6° comma, c.p.c. e 190 c.p.c., quest'ultimo da interpretare anche alla luce dell'art. 281

⁵ Cfr. Pagni, *op. cit.* e Metafora, *Osservazioni sparse sulla giustizia civile al tempo del COVID-19*, in www.ilprocessocivile.it (5 maggio 2020).

⁶ Originaria previsione dell'art. 83, 6° e 7° comma, d. l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con la legge 24 aprile 2020 n. 27, poi modificato dal d. l. n. 28 del 2020, convertito con la legge n. 70 del 2020. Per una concreta esperienza, cfr. Civinini, *La giustizia in quarantena*, in www.questione giustizia.it (31 marzo 2020); sull'esperienza del tribunale di Pisa, Cerri, *Emergenza e provvedimenti dei capi degli uffici: il caso pisano*, in www.judicium.it. Sulla prima disciplina dell'emergenza, cfr. Panzarola e M. Farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in Giust.civile.com, 18 marzo 2020, 7; Cossignani, *Le controversie sottratte alla sospensione dei termini e al rinvio delle udienze*, in *Giur. it.*, 2020, 2053 ss., 2056.

quinquies c.p.c., laddove è consentita la sostituzione della memoria di replica con una discussione orale; ugualmente, nel rito speciale di cognizione piena, l'art. 429, 2° comma, c.p.c.).

Il principio è estremizzato nell'art. 180 cit. che declama in modo solenne: “*La trattazione della causa è orale. Della trattazione della causa si redige processo verbale*”.

La prassi presso i tribunali non è stata sempre coerente, essendo diffusa la concessione da parte del giudice di un termine alle parti per lo scambio di memorie difensive su questioni, non solo rilevate d'ufficio (per le quali esiste oggi l'art. 111, 2° comma c.p.c., dovuto alla legge n. 69 del 2009), ma anche solo se rilevate dalle parti e sulle quali il giudice intenda condurre la discussione.

In questo contesto normativo l'attuale assetto, dovuto alla disciplina emergenziale introdotto con l'art. 221 della legge n. 77 del 2020, di conversione del c.d. decreto legge “*rilancio*”, n. 34 del 2020, ha introdotto delle significative novità, nell'intento di limitare la presenza dei difensori tecnici, del giudice e delle parti all'udienza.

Sono così state introdotte modalità di trattazione alternative rispetto al modello voluto dall'art. 180 c.p.c.

In particolare cinque modalità di trattazione alternative, modulate nei diversi momenti vissuti dal processo: la trattazione scritta dell'udienza nella quale è prevista la partecipazione dei soli difensori tecnici con il giudice (art. 221, 4° comma, cit.); la trattazione c.d. “da remoto”, nel caso in cui oltre ai difensori tecnici e al giudice, partecipa all'udienza anche la parte e il suo ausiliario (art. 221, 7° comma, cit.); la trattazione mista – perché presenti alcune parti con i loro difensori ed altre, su loro istanza, presenti “da remoto”- (art. 221, 6° comma, cit.); la trattazione scritta dell'udienza fissata per l'incarico al consulente tecnico d'ufficio, *ex art.* 193 c.p.c., essendo consentita l'accettazione dell'incarico e l'ammonimento di bene e fedelmente adempiere alle funzioni al solo scopo di far conoscere al giudice la verità mediante atto telematico da parte dell'ausiliario (art. 221, 8° comma, cit.)⁷; infine, la previsione del verbale di conciliazione redatto con strumenti informatici, in occasione delle udienze di cui agli artt. 185 e 420 c.p.c., ove la sottoscrizione delle parti, dei difensori e del cancelliere, tiene luogo di apposita dichiarazione del giudice che tali soggetti, pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati, con conseguente possibilità di una

⁷ E' pensabile che pure le operazioni peritali, salvo la necessità di sopralluoghi, possa condursi “da remoto” con collegamento telematico, purché sia garantito il contraddittorio delle parti e si proceda ad una video registrazione delle operazioni oppure ad una loro formale verbalizzazione.

conduzione della udienza “da remoto” (art. 3, comma 1°, lett. i), 1-*bis*, della legge n. 70 del 2020)⁸.

Quando la modalità della trattazione è “da remoto”, con collegamento telematico immediato e diretto, aggiunge il comma 6° dell’art. 221 cit. “*la parte può partecipare all’udienza solo dalla medesima postazione da cui si collega il difensore*”⁹. Al giudice era inizialmente imposto il collegamento dall’ufficio giudiziario dall’art. 221 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, si rinviene ora nel comma 7 dell’art. 23 del d.l. n. 237 del 2020 (che «*in deroga al disposto dell’articolo 221, comma 7, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, il giudice può partecipare all’udienza anche da un luogo diverso dall’ufficio giudiziario*»¹⁰).

A tale regime di svolgimento delle udienze di trattazione nel processo civile, si è aggiunta un’ulteriore disciplina in ordine alle forme di perfezionamento della procura difensiva. In deroga all’art. 83 del codice di rito, l’art. 83, comma 20 *ter*, della legge n. 27 del 2020, ha consentito la sottoscrizione del mandato difensivo mediante firma della parte da remoto su documento cartaceo, trasmesso in scansione, unitamente a documento di identità, all’avvocato difensore, purché unito all’atto difensivo secondo le forme stabilite per la trasmissione telematica degli atti processuali. Tale norma è applicabile “*sino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione dal contagio*”, in un assetto temporale incerto che dovrebbe essere anch’esso limitato al 30 aprile 2021. Sarebbe opportuno la soluzione fosse temporalmente collegata alla disciplina sulle modalità di svolgimento della trattazione nel processo o fosse, una volta per tutte, introdotta come regime ordinario, novellando l’art. 83 c.p.c.

Si tratta di novità di un certo rilievo, sia nell’opzione verso una trattazione scritta, quando all’udienza sono presenti solo i difensori tecnici, e sia nell’opzione verso una trattazione con

⁸ Vi è da aggiungere che il comma 20 *bis*, dell’art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020 e ancora modificato dalla legge n. 70 del 2020, ha previsto, come regime ordinario, la possibilità dello svolgimento degli incontri di mediazione da parte degli enti autorizzati mediante collegamento telematico da remoto. Il legislatore si è tuttavia dimenticato di prevedere la stessa modalità per quanto concerne la disciplina della parallela negoziazione assistita dagli avvocati, prevista dalla legge n. 162 del 2014.

⁹ Tale previsione appare invero incomprensibile, potendosi al massimo ipotizzare l’eventualità di una partecipazione dalla medesima postazione, quando la parte non sia munita di strumenti telematici idonei al collegamento. Peraltro con l’applicazione del regime di cui all’art. 156, 3° comma, c.p.c., è da ritenersi che l’eventuale collegamento da altra postazione della parte consenta egualmente il raggiungimento dello scopo e quindi non abbia il rilievo giuridico di nullità la violazione della norma. Il senso della previsione potrebbe essere quello della vicinanza fisica della parte al suo avvocato nel momento in cui deve rendere una dichiarazione rilevante, ma si deve trattare di una facoltà a cui la parte può rinunciare.

¹⁰ Cfr. Sassani, Capponi, Panzarola, Farina, *Il decreto ristori e la giustizia civile, Una prima lettura*, in *Judicium.it* (3 novembre 2020).

collegamento telematico “da remoto”, oppure mista con quella in presenza, quando sono presenti pure le parti e i loro ausiliari (deve intendersi i consulenti di parte).

La normativa, per esclusione, consente di necessità la conduzione delle altre udienze mediante modalità tradizionale di presenza in conferenza personale del giudice, dei difensori tecnici, degli ausiliari, delle parti, dei consulenti tecnici o dei testimoni, all’interno dell’aula del tribunale.

È perciò inevitabile la conduzione con modalità ordinaria dell’udienza dedicata alla prova testimoniale e per gli eventuali chiarimenti richiesti dalle parti o dal giudice al consulente o, qualora prevista, per rendere in forma orale la relazione del consulente e quindi tendenzialmente per l’udienza ai sensi dell’art. 184 c.p.c., dedicata all’assunzione dei mezzi di prova, nella versione della norma dovuta alla legge n. 80 del 2005.

Il legislatore emergenziale, sempre in relazione alla prova, consente che le informazioni offerte dalla P.A. regolate nell’art. 213 c.p.c., siano offerte mediante forma modellata sulla udienza da remoto¹¹.

È quindi necessario sottolineare sin d’ora, per quanto sarà detto nel prosieguo, che l’udienza di assunzione della prova liberamente valutabile, non deroga ai principi di immediatezza che vogliono la contestuale presenza del giudice, dei difensori tecnici ed eventualmente delle parti, in un rapporto diretto con il testimone e/o con il consulente.

Al contrario, quando il mezzo di prova ha origine nelle dichiarazioni della parte (interrogatorio formale e giuramento) e normalmente fonda un mezzo di prova non liberamente apprezzabile da parte del giudice, ma i cui risultati sono legislativamente imposti nel giudizio finale di fatto, l’udienza può svolgersi con le modalità ipotizzate nel caso di presenza delle parti, ovvero “da remoto”. Ciò deve dirsi per tutte le ipotesi in cui, non solo nei procedimenti a cognizione piena, sulla base di opzioni discrezionali del giudice, oppure nei procedimenti a cognizione sommaria, cautelari o camerali, ove è il legislatore ad imporlo, la comparizione delle parti possa realizzarsi attraverso le forme del collegamento telematico “da remoto”.

Esiste, tuttavia, il problema della presenza delle parti in alcuni procedimenti nei quali alla base della regolamentazione del rapporto controverso è un accordo tra le parti, recepito in vario modo dal giudice (omologa in sede di volontaria giurisdizione, sentenza o decreto in sede di rito contenzioso), in particolare nell’ambito dei procedimenti per separazione e

¹¹ Art. 221, 7° comma, d.l. n. 34/2020 come modificato dalla legge n. 77/2020 di conversione.

divorzio¹², alla luce di una giurisprudenza del giudice di legittimità che qualifica come revoca del consenso¹³ la mancata conferma dell'accordo dalle parti, mediante comparizione personale all'udienza.

Oggi l'art. 23, comma 6° della legge n. 176 del 2020, stabilisce che *“il giudice può disporre che le udienze civili in materia di separazione consensuale di cui all'articolo 711 del codice di procedura civile e di divorzio congiunto, di cui all'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, siano sostituite dal deposito telematico di note scritte di cui all'art. 221, comma 4...nel caso in cui tutte le parti che avrebbero il diritto a partecipare all'udienza vi rinuncino espressamente con comunicazione, depositata almeno quindici giorni prima dell'udienza, nella quale dichiarano di essere a conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza, di avere aderito liberamente alla possibilità di rinunciare alla partecipazione all'udienza, di confermare le conclusioni rassegnate nel ricorso e, nei giudizi di separazione e divorzio, di non volersi conciliare”*¹⁴.

La previsione normativa esplicita è di estrema importanza, poiché l'eventuale previsione all'interno delle linee guida del dirigente dell'ufficio non avrebbe avuto la forza di derogare ad una precisa norma di legge¹⁵. Ne sono tuttavia rimasti esenti i ricorsi congiunti *ex art. 337 bis c.c.* o *ex art. 337 quinquies c.c.*, dimenticando troppo spesso il legislatore la parallela esperienza dei riti camerati.

Altra previsione è contenuta nel 9° comma dell'art. 23 del d.l. n. 137 del 2020 che conferma che le *«deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi ed automatizzati del Ministero della giustizia»*. La norma già contenuta nel comma 12 *quinquies* dell'art. 83 del decreto legge 18/2020, aveva perso efficacia il 31 luglio 2020, poiché non era stata inserita nell'art. 221 del decreto legge 34/2020. La

¹² Il problema si pone anche nel rito contenzioso, ove la comparizione personale dei coniugi ha la finalità di consentire il tentativo di conciliazione, la S.C. nel ritenere che il mancato adempimento non integra caso di improcedibilità dell'azione o di nullità del procedimento, si è espressa in un caso in cui la parte era costituita e aveva rinunciato al rilievo (cfr. Cass., 23 luglio 2010, n. 17336, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2115). Sulle ricadute nel processo di famiglia, cfr. Carratta, *I processi in materia di famiglia e di minori*, in *Giur. it.*, 2020, IV, 2058 ss.

¹³ Cass., 13 luglio 1979, n. 4079, in *Foro it.*, 1979, I, 2611.

¹⁴ Risolvendosi con la rinuncia alla conciliazione, anche il problema del mancato tentativo, reso impossibile dalla trattazione scritta, la cui mancanza non era stata ritenuta all'origine di una scansione processuale di improcedibilità della domanda o di nullità, cfr., Cass., 23 luglio 2010, n. 17336, cit.

¹⁵ Il profilo era stato da noi sollevato in occasione di un'audizione innanzi al Ministro della Giustizia, cfr. *Intervento del Presidente dell'Osservatorio nazionale del diritto di famiglia (ONDiF), in occasione della consultazione del Ministro On. Alfonso Bonafede il 16 aprile 2020*, in *Osservatorio sul diritto di famiglia. Diritto e processo*, 2020, 1, 103 e ss, per buona sorte poi recepita.

inesorabile traccia elettronica delle riunioni del collegio, sensibilizzerà i giudici a tenere veramente le camere di consiglio collegialmente¹⁶.

3. Il consenso delle parti alla trattazione in deroga all'art. 180 c.p.c.

Il passaggio attraverso la disciplina emergenziale muove dall'art. 83 della legge n. 27 del 2020, che, nelle linee guida adottate dai dirigenti degli uffici, rendeva l'alternativa alla trattazione orale di cui all'art. 180 c.p.c. un potere discrezionale che il giudice imponeva alle parti, e conduce al diverso regime dell'art. 221 della legge n. 70 del 2020, commentato nel paragrafo che precede, ove è riconosciuta un'interlocuzione del giudice con le parti sulla modalità della trattazione.

Infatti, l'art. 221, 4° comma, cit., sulla trattazione scritta, consente alle parti di esprimere, anche unilateralmente, una volontà contraria alla modalità di svolgimento della trattazione, anche se l'ultima parola resta affidata al giudice.

Nell'applicazione della norma si è imposto alla parte di avviso contrario la necessità di motivare il suo dissenso¹⁷, essendo in difetto inammissibile l'istanza, e si è comunque sancita la titolarità, in ultima analisi, di un potere discrezionale nel giudice di imporre la modalità per trattazione scritta (si intende con provvedimento motivato). La norma ha tuttavia il pregio di sancire un'interlocuzione tra le parti e il giudice sulle forme della trattazione e potrebbe essere, similmente a quanto previsto nell'art. 823, comma 1°, c.p.c. (in forza del quale la conferenza personale degli arbitri può essere richiesta da ciascun arbitro mediante espressa istanza agli altri), modificata nel senso di consentire comunque alla parte di optare per la trattazione in presenza. Di conseguenza a regime, la deroga alle forme di trattazione orale potrebbe avere la prospettiva di una trattazione scritta generalizzata, come modalità normale di svolgimento di alcune udienze nelle quali sono presenti il solo giudice e i difensori tecnici delle parti, salva istanza contraria di una delle parti stesse.

¹⁶ Si apre qui il tema, avulso dai limiti del presente scritto, che pure meriterebbe particolare attenzione, della decisione con algoritmo oppure, come suol dirsi, mediante intelligenza artificiale, tema che involge principi costituzionali di estremo rilievo, come la sottoposizione del giudice esclusivamente alla legge e l'organizzazione del giustizia attraverso pubblici impiegati reclutati mediante concorso e muniti di particolare garanzie di indipendenza, per cui si è detto: "*l'algoritmo non simula il ragionamento, ma lavora esclusivamente sui precedenti*" (Pagni, *op.cit.*), ma anche il giudizio esclusivamente sui precedenti costituisce una remora inaccettabile all'evoluzione della giurisprudenza e alla mancanza di un vincolo del precedente.

¹⁷ Conf. Pagni, *op.cit.* e Caroleo – Ionta, *La trattazione scritta. Un arabesco*, in www.giustiziainsieme.it (29 luglio 2020). In senso contrario invece Biavati, *op.cit.*, il quale ritiene al contrario vincolante il dissenso della parte per il giudice, prospettiva certamente da auspicare qualora la norma sopravviva alla pandemia.

Il legislatore, poi, procedimentalizza l'espressione della contrarietà alla trattazione scritta, prevedendo il termine di trenta giorni anteriori all'udienza per l'esercizio del potere discrezionale del giudice con provvedimento comunicato alle parti e nei cinque giorni successivi alla comunicazione consente alle parti l'esercizio della facoltà di esprimersi in senso contrario.

Il consenso ha invece un rilievo centrale nella modalità di svolgimento della trattazione integralmente "da remoto" o in forma mista, solo con la presenza di una o alcune delle parti, poiché in tali casi il giudice deve raccogliere preventivamente il consenso delle parti su tale forma (è da pensare all'udienza anteriore), mentre il consenso preventivo, nella modalità "mista", discende dall'istanza della parte.

Eguale il consenso è necessario quando la comparizione delle parti nella separazione consensuale o nel divorzio condiviso è sostituita dal deposito telematico di note scritte.

L'elasticità di un rito fondato sul consenso delle parti e sull'interlocuzione del giudice con le parti nella direzione di una modalità di trattazione non orale o in presenza, deve essere sottolineata nella prospettiva di una prosecuzione di tale esperienza nel futuro, potendone risultare un rito variabile, non sulla base di previsioni legislative tassative, ma sulle scelte del giudice e delle parti¹⁸.

4. La natura dei termini e le preclusioni nel processo di cognizione.

Si manifesta però un primo nodo problematico, con gravi ricadute sulla prassi applicativa. Mentre l'esercizio del potere discrezionale del giudice di avviare l'udienza di trattazione in forma scritta è soggetto ad un termine dilatorio anteriore di trenta giorni, consentendo agevolmente alle parti di conoscere la modalità di svolgimento del processo, di esprimersi nei cinque giorni successivi alla comunicazione del provvedimento in senso contrario e di depositare le note contenenti "*le sole istanze e conclusioni*" entro il termine di cinque giorni anteriori all'udienza; nulla è detto per la modalità "da remoto", potendo le parti conoscere solo a pochi giorni di distanza dall'udienza tale modalità, tra l'altro imponendosi la presenza della parte presso il proprio avvocato, con tutti i conseguenti problemi organizzativi (particolarmente in periodo di epidemia)¹⁹.

¹⁸ Il tema è oggi ampiamente indagato da Lupoi, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, 625. Utili spunti anche in Pagni, *op.cit.*

¹⁹ Il tutto particolarmente aggravato dalla scarsa presenza del personale di cancelleria, impossibilitato a operare nello svolgimento *smart working* del lavoro in rete.

La disciplina di legge dovrebbe, al contrario, contenere precisi termini di svolgimento dell'*iter* che precede la forma in trattazione, termini che solo il legislatore può imporre e non il giudice, come è accaduto nella prima regolamentazione delle linee guida abbandonate ai dirigenti degli uffici giudiziari²⁰.

Il termine, quando previsto, si rappresenta tuttavia come ordinario e non perentorio²¹, stante la mancata previsione legislativa di tale qualità, ai sensi dell'art. 152, comma 2°, c.p.c. Ciò deve intendersi come possibilità concessa alla parte, prima della scadenza del termine, di poter ottenere proroga del medesimo.

Su tale aspetto non possono nutrirsi dubbi di sorta, ma allora la ricaduta è tutta sul regime delle preclusioni e decadenze imposte alle attività difensive delle parti nella regolamentazione del processo comune. Si intende qui dire che la nuova disciplina dei termini non può mutare o derogare al regime generale delle preclusioni e decadenze discendenti dagli artt. 167 e 183, 5° e 6° comma, c.p.c.²²

Qualora la parte non avesse rispettato il termine per le note di trattazione scritta in vista dell'udienza, depositando anche solo all'udienza la nota, mediante trasmissione nel fascicolo telematico, non potrebbe perciò essere ritenuta decaduta dall'attività difensiva.

Per chiarire, potendo l'attore replicare nella pienezza dell'esercizio del contraddittorio alle difese del convenuto contenute in comparsa di costituzione e risposta sino all'udienza, potendo formulare a sua volta domande, eccezioni o chiamate di terzo, qualora non sia rispettato il termine delle note scritte cinque giorni anteriori all'udienza, ma le note siano presentate all'udienza, non potrà ritenersi perciò decaduto dalla difesa in contraddittorio.

In conclusione, i termini per lo svolgimento delle modalità di trattazione alternative alla trattazione orale e in presenza, non possono in alcun modo modificare l'assetto delle preclusioni regolato nella disciplina comune e ordinaria applicabile al processo²³.

²⁰ Sotto questo aspetto la tecnica legislativa nella regolamentazione del processo civile epidemiologico deve essere stigmatizzata, più ampiamente vedi Costantino, *La sciatteria nello scrivere le leggi crea effetti devastanti nell'ordinamento*, in www.editorialedomani.it (31 dicembre 2020) e Capponi, *Addio 2020*, in Giustiziainsieme.it.

²¹ Conf. Caroleo – Ionta, *La trattazione scritta. Un arabesco*, cit.

²² Conf. Caroleo – Ionta, *op.cit.*

²³ L'indirizzo interpretativo ha un antecedente in Cass. 2 dicembre 1998, n. 12245, in *Foro it.*, 1999, I, 857 ss., la quale con riferimento alla trattazione scritta consentita dall'art. 180, comma 2°, c.p.c., prima della novellazione dovuta alla legge n. 80 del 2005, aveva chiarito che l'omesso rispetto del termine ordinario unico concesso dal giudice per il deposito di note autorizzate, non comporta né una decadenza delle parti, né l'invalidità dell'atto compiuto in ritardo, bensì un *vulnus* per la controparte, per violazione del principio del contraddittorio, con conseguente necessità di concedere a quest'ultima un termine a difesa.

5. La generalizzazione del deposito telematico degli atti e documenti, anche nel procedimento innanzi alla Corte di cassazione.

Un'ulteriore norma dettata dal regime emergenziale del processo civile è costituita dalla generalizzazione del deposito telematico di atti e documenti; ugualmente gli obblighi di pagamento del contributo unificato devono essere assolti con i sistemi telematici di pagamento, tramite la piattaforma tecnologica del codice dell'amministrazione digitale, e solo quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti e sussiste un'indifferibile urgenza, il capo dell'ufficio può autorizzare il deposito con modalità non telematica (art. 221, comma 3°, legge n. 70 del 2020)²⁴.

La previsione è di tale portata generale da indurre il legislatore dell'emergenza ad applicarla anche nei procedimenti civili innanzi alla Corte di cassazione, ma l'espressione del legislatore è meno vincolante, poiché stabilisce che “*il deposito degli atti e dei documenti da parte degli avvocati può avvenire in modalità telematica*”, quindi “*può*” e non “*deve*”. L'atteggiamento del legislatore è sempre cauto quando deve regolamentare il funzionamento dell'Organo Supremo di legittimità.

Invero è sorprendente come il legislatore non abbia adottato sinora le modalità di espressione digitale e telematica degli atti e la loro trasmissibilità telematica nel fascicolo per il procedimento civile innanzi alla Corte di cassazione, il quale si sarebbe prestatato, più di tanti altri, anche ad un'originaria opportuna sperimentazione. I particolari formalismi del processo di legittimità - basti pensare al principio di autosufficienza dell'atto, il quale di per sé deve esaurire i contenuti dell'impugnativa con richiami ad atti e documenti rilevanti al suo interno -, rendevano necessaria l'immediata introduzione del processo telematico.

Ciò non è avvenuto, per cui la legislazione emergenziale potrebbe dare l'occasione per l'estensione delle regole sulle forme telematiche del processo innanzi al giudice di legittimità, esautorando le parti, in particolare i loro avvocati, dalla trasformazione in analogico di quanto perfezionato in forma digitale nei gradi precedenti attraverso produzione di copia autenticata nel fascicolo di parte versato in atti²⁵.

²⁴ Sul tema generale del deposito telematico degli atti processuali civili, si rinvia a *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, Milano 2019, opera sistematica che raccoglie gli scritti di studiosi del diritto processuale civile.

²⁵ Il 27 ottobre 2020 la Corte Suprema di Cassazione ha siglato con il Consiglio Nazionale Forense, la Procura Generale e l'Avvocatura dello Stato, il Protocollo d'intesa per la digitalizzazione degli atti nei processi civili davanti alla Corte di Cassazione. Gli effetti della legislazione di emergenza sul procedimento innanzi alla Corte di Cassazione, sono indagati da D'Alessandro, *Il giudizio civile “telematico” di legittimità ai tempi del Covid-19*, in www.giustiziainsieme.it (18 aprile 2020); Frasca, *Note sull'adunanza camerale civile in Cassazione al lume della disciplina delle forme del processo ed ora in tempi di coronavirus*, in www.giustiziainsieme.it (12

Peraltro l'innovazione è da salutare in senso estremamente positivo anche nella sua generalizzazione per il processo civile relativo ai gradi precedenti, superandosi la regola tradizionale di un perfezionamento degli atti introduttivi e della produzione dei documenti in modalità materiale cartacea, anziché in quella elettronica digitale, come facoltà concessa all'attore, al convenuto o al terzo intervenitore o chiamato.

6. I principi di sintesi e chiarezza nella redazione delle note scritte e il contraddittorio.

Alcune considerazioni merita ancora la disciplina sulla modalità di trattazione scritta dell'udienza (art. 221, comma 4°, cit.).

Il relatore impone alle parti note “*contenenti le sole istanze e conclusioni*”, la previsione manca tuttavia di una sanzione ed è difficile pensare che le parti non siano tentate di dare svolgimento esuberante rispetto ai limiti indicati, spesso riproponendo in maniera stereotipata temi difensivi già contenuti negli atti introduttivi, con un inutile affaticamento del giudice, costretto ad una lettura ripetitiva²⁶.

Il tema è più complesso: all'interno delle note scritte potrebbero essere contenute delle novità difensive, anche solo nuove argomentazioni in diritto (le deduzioni in fatto o in relazione alla prova potrebbero essere già state esaurite per decadenza, salvo le deduzioni in vista dell'udienza di trattazione dell'art. 183 c.p.c.), che rendono necessario l'esercizio di un contraddittorio.

Questo aspetto involge delicati principi di rango costituzionale, per cui l'eventuale mancata replica della parte che subisce la novità difensiva dell'altra potrebbe, per violazione del principio, condurre ad atti nulli, che si riverberano sulla sentenza finale²⁷.

Il legislatore non ha dimostrato una sensibilità al problema, fissando, come si è detto, un termine unico ad entrambe le parti, di cinque giorni anteriori all'udienza.

Il rispetto del principio potrebbe essere solo apparentemente ovviato, come alcuni giudici *praeter legem*, attraverso la concessione di un duplice termine, consentendo prima

maggio 2020); Ianniello, *Le adunanze camerali in Cassazione nella fase 2 dell'emergenza sanitaria*, ivi (5 maggio 2020).

²⁶ Si deve, tuttavia, sottolineare un recupero del controllo del *dominus* della causa, che non deve fare uso di sostituti di udienza o di domiciliatari, e una maggiore libertà rispetto alle deduzioni a verbale spesso troppo filtrate o in alcuni casi impedito dal giudice, conf. Biavati, *op. cit.* Sul tema della scrittura informatica, Caponi, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2016, 193 ss.

²⁷ E' di un certo interesse notare la sopravvivenza nel sistema dell'art. 83 bis disp. att. c.p.c. che recita: “*Il giudice istruttore, quando autorizza la trattazione scritta della causa, a norma dell'art. 180 primo comma del Codice, può stabilire quale delle parti deve comunicare per prima la propria comparsa, ed il termine entro il quale l'altra parte deve rispondere*”. Dunque la norma impone al giudice un duplice termine e non uno solo.

dell'udienza una replica. Non si deve infatti dimenticare che l'udienza in presenza e con svolgimento orale avrebbe consentito una replica immediata prima che il giudice si esprimesse.

Ecco allora che il legislatore, soprattutto in una prospettiva futura di estensione della regola sulla trattazione scritta, non può non prevedere un termine per note e un termine per repliche, ma soprattutto indurre, sulla falsariga della regola di cui all'art. 101, 2° comma, c.p.c., il giudice alla concessione di un termine all'altra parte, quando la nota depositata telematicamente dalla parte introduca questioni in fatto o in diritto nuove.

Questo è aspetto sul quale deve essere condotta una riflessione critica dell'attuale disciplina, nella speranza di un diverso regime, per il futuro, qualora sia adottato il modello della trattazione scritta, anche fuori dalla fase emergenziale.

Il profilo involge anche aspetti deontologici dell'avvocato, sul quale non può rimanere sensibile il massimo organo dell'Avvocatura, nell'autoregolamentazione deontologica, e una previsione legislativa esplicita sui principi di sintesi e chiarezza nella tecnica di stesura degli atti processuali, oggi limitata ad alcune previsioni espresse nelle giurisdizioni europee della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel codice del processo amministrativo, all'art. 3, comma 2°, e nel processo civile soltanto nell'ambito del processo civile telematico (art. 16 *bis*, d.l. n. 1179 del 2012, come modificato dal d.l. n. 83 del 2015, convertito nella legge n. 132 del 2015: *“Gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica”*).

La modalità di svolgimento scritta della trattazione impone al legislatore una scelta di campo definitiva sui principi di sintesi e chiarezza nei procedimenti degli atti civili telematici, prevedendosi una generalizzata sanzione che, se non può giungere all'inammissibilità, possa quanto meno riverberarsi sulla disciplina della regolamentazione delle spese e della responsabilità processuale aggravata, come peraltro avvenuto nell'esperienza dei protocolli applicabili al processo civile innanzi alla Suprema Corte²⁸.

²⁸ Protocollo tra il primo Presidente della Corte di cassazione e il Presidente del Consiglio Nazionale Forense del 17 dicembre 2015. Nella legislazione passata era stato presentato un disegno di legge alla Camera dei deputati (Atto Camera n. 2953 presentato l'11 marzo 2015 e approvato il 10 marzo 2016, quindi trasmesso al Senato, ove recava il n. S. 2284, ma rimasto tale) con delega al Governo, al fine di introdurre disposizioni per l'efficienza del processo civile, nel quale tra i principi direttivi vi era la dizione generalizzata del principio di sinteticità degli atti di parte del giudice. Ugualmente nella presente legislatura, pende innanzi al Senato (disegno di legge 1662 di delega al Governo per l'efficienza del processo civile), nel cui articolo 12 *“(Disposizioni per l'efficienza del processo civile)”*, si legge *“d) prevedere l'introduzione, in via generale, del principio di chiarezza e sinteticità degli atti di parte e del giudice”* (per un'analisi critica, Scarselli, *Note critiche sul disegno di legge delega di riforma del processo civile approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 dicembre 2019*, in *Judicium.it* (23 gennaio 2020); cfr, anche Costantino, *Semplificazione del processo civile e affidamento alla fantasia del giudice*, in *www.editorialedomani.it* (11 dicembre 2020)). Nel piano nazionale di ripresa e resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, in *www.governo.it*, si legge: “è

7. Le nuove ipotesi di estinzione per inattività.

Nell'applicazione dell'art. 83 cit., che per primo introdusse la disciplina emergenziale, non era contemplata nella trattazione scritta l'ipotesi di estinzione del processo per mancata trasmissione delle note difensive; tuttavia nelle linee guida, a cui erano abilitati i dirigenti degli uffici giudiziari, è presto comparsa la nuova ipotesi.

Questa modalità non poteva non esser intesa come previsione di una conclusione in rito del processo *contra legem*, non potendo il giudice nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali di conduzione del processo e tanto meno il dirigente abilitato nelle linee guida dell'ufficio, stabilire ipotesi di definizione in rito del processo ed in particolare di estinzione, al di fuori dei casi previsti dalla legge (artt. 306 e ss. c.p.c.).

Ha posto rimedio alla distorsione il legislatore successivo dell'emergenza, con il più volte citato articolo 221, comma 4°, cit., nel quale, questa volta correttamente, la fonte legislativa ipotizza un caso di inattività, con l'applicazione conseguente degli artt. 181 e 309 c.p.c., qualora nessuna delle parti trasmetta telematicamente nota difensiva in vista dell'udienza a trattazione scritta.

Resta da intendere l'effetto della nota di trattazione scritta tardiva, ma anteriore alla udienza, a mio parere inidonea ad impedire la prosecuzione del processo, soprattutto se la tardività non viene rilevata o eccepita dall'altra parte (che non ne avrebbe neppure luogo).

8. La dinamica delle regole: la sanzione all'inosservanza delle forme.

Il legislatore nei vari commi dell'art. 221 cit., offre una disciplina "statica" del processo, sufficientemente esauriente sul piano tecnico-legislativo, nello svolgimento della trattazione in forma differente da quella orale in presenza, dettata come regola generale nell'art. 180 c.p.c.

La disciplina, come spesso accade, manca invece di una regolamentazione "dinamica" sulla rilevabilità e conseguentemente sulla sanzione applicabile in caso di violazione.

Essendo le regole sul processo digitale attinenti alla forma degli atti e quindi ponendosi il tema come confronto tra la forma legislativamente stabilita e la forma concretamente

inoltre in fase di elaborazione l'ingresso operativo nel sistema del principio di chiarezza e sinteticità degli atti delle parti e del giudice".

adottata, il particolare profilo involge la disciplina delle c.d. nullità formali, ai sensi degli artt. 156 e ss. c.p.c.

In mancanza di una previsione esplicita, non si può non fare riferimento ai principi generali ed in particolare alle regole sulla forma degli atti e delle sanzioni in caso di violazione.

Sarà qui necessario richiamare anzitutto l'art. 121 del codice di rito: *"Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo"*, nel sistema indotto anche dall'art. 156 c.p.c., *"non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge"* (comma 1°) e *"può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo"*.

A fronte della mancanza della previsione esplicita di ipotesi di nullità, che non compare nella legislazione di emergenza, è lo scopo dell'atto il necessario elemento di riferimento, che il giudice e le parti devono verificare in caso di violazione delle forme.

Sotto questo aspetto, lo si ribadisce ancora, è decisivo quello scopo che coincide con la piena informazione del giudice e dell'altra parte, necessaria premessa ad uno svolgimento difensivo in contraddittorio di quest'ultima.

Questo lo scopo sul quale deve essere ponderata la validità o nullità dell'atto, il cui rilievo, in difetto di diversa previsione, è quello dell'istanza di parte nel primo atto difensivo successivo, ai sensi dell'art. 157, comma 1° e 2°, c.p.c.

Tali semplici, ma centrali, criteri interpretativi, possono ricavarsi nella parallela esperienza del procedimento arbitrale, ove maggiormente si propone la libertà delle forme, lasciata alla determinazione delle parti, anche quanto alla sanzione (art. 829, comma 1°, 7) o, in difetto, alla discrezionalità degli arbitri, seppure con determinazione anteriore all'inizio del giudizio, ancora una volta per esigenze di contraddittorio e difesa (le parti devono sapere all'inizio le regole del gioco e non durante il suo svolgimento). Tuttavia quella disposizione sancisce in maniera solenne *"essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa"*.

Pertanto, nel processo in cui ha modo di esplicarsi maggiormente la libertà delle forme, il legislatore sancisce il limite di ordine pubblico dello scopo degli atti, costituito dalla realizzazione delle premesse per l'esercizio del contraddittorio (formalismo che il legislatore sancisce in modo inequivocabile quando la replica deve condursi rispetto alla questione rilevata d'ufficio, ai sensi dell'art. 101, 2° comma, c.p.c., ove il termine alla difesa delle parti e la forma, attraverso lo scambio di memorie, è prevista a pena di nullità).

Pertanto nei silenzi della legislazione di emergenza, lo scopo dell'atto, come attuazione del contraddittorio, deve riproporsi ogni qualvolta l'atto compiuto non rispetti lo schema formale.

Sotto questo aspetto, l'uso di forme di trattazione scritta al di fuori dei casi previsti, non dovrebbe imporre sanzioni particolari, purché sia rispettato il principio del contraddittorio. Trattasi di ipotesi assimilabili all'errore nella scelta del rito ordinario o speciale nella cognizione piena, che non ha rilevanza se non ha portato conseguenze pregiudizievoli evidenziate dalle parti²⁹.

Ugualmente l'utilizzo delle forme telematiche di conduzione dell'udienza "da remoto" fuori dai casi previsti o anche contro la volontà delle parti, non pare indurre casi di nullità per mancato raggiungimento dello scopo, se non emerge un pregiudizio concreto nella scelta ed in particolare la violazione del contraddittorio.

Qualora invece, l'opzione sbagliata sulle forme abbia impedito l'effettivo svolgimento del contraddittorio tra le parti, non potrà non emergere una violazione avente il rilievo di nullità, come tale, se rilevata tempestivamente, necessitante di una sanatoria, ai sensi dell'art. 162, 1° comma, c.p.c., mediante rinnovazione dell'udienza nelle forme ordinarie corrette.

Esiste sul piano delle forme, infine, un'incomprensibile remora all'autorizzazione di forme di registrazione dell'udienza, anziché di verbalizzazione³⁰. In effetti, l'art. 221, comma 6°, cit., per il caso di udienza "da remoto", stabilisce che le operazioni compiute dal giudice sull'accertamento dell'identità dei soggetti partecipanti, della libera volontà delle parti e sulla salvaguardia del contraddittorio e dell'effettiva partecipazione delle parti e dei difensori, debbano essere oggetto di una presa d'atto in un processo verbale. Tale disposizione non deve tuttavia indurre al divieto di registrazione, come modo per documentare lo svolgimento dell'udienza, sia perché l'eventualità è già contemplata nell'art. 422 c.p.c. per il rito speciale³¹, dove la registrazione su nastro può essere attualizzata oggi nella videoregistrazione consentita da tutte le piattaforme, sia perché prevista in altre ipotesi, come nell'art. 336 *bis*, comma 3°, c.p.c., per il caso dell'ascolto del minore e, come si è

²⁹ Cfr. Cass., 7 marzo 2008, n. 6196, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, I, p. 1181 e *Fam. e dir.*, 2008, p. 511, ove si legge: "In difetto di violazioni di norme sulla competenza per la scelta di un rito in luogo di un altro ovvero di un concreto pregiudizio delle parti, l'errore di rito che non si traduce in una lesione del diritto di difesa di controparte non determina nullità di sorta"; conf. Cass., 13 aprile 2010, n. 8721.

³⁰ Nel protocollo CSM-CNF, pubblicato su www.consiglionazionaleforense.it, per lo svolgimento delle udienze civili e penali nel periodo dell'emergenza Covid-19, al par. 2.4 è affermato il divieto di registrazione dell'udienza.

³¹ Dove il legislatore utilizza in rubrica il termine desueto di "registrazione su nastro", dall'evidente sapore retrò, comprensibile per l'epoca in cui la norma è stata introdotta (art. 1, legge n. 533 del 1973)

affermato in una recente pronuncia del giudice di legittimità per il caso di richiesta di protezione internazionale³².

Il divieto di videoregistrazione non si giustifica per il rispetto della *privacy*, poiché non si deve dimenticare che l'udienza è pubblica, mentre lo strumento si presenta molto efficace proprio nell'assicurazione del principio di immediatezza, di chiovendiana memoria, nello svolgimento del processo, senza dimenticare che qualche volta la traduzione in verbale non è perfettamente coerente alla realtà e risente della interpretazione e percezione del verbalizzante.

L'eventualità analizzata sotto il profilo dello scopo, non mi pare induca a ritenere l'esistenza di vizi in un processo "da remoto", videoregistrato, anziché oggetto di una verbalizzazione scritta³³.

9. La prospettiva di una disciplina ordinaria delle nuove forme di trattazione.

Esaurito il commento alle principali disposizioni dell'emergenza epidemiologica dedicate al processo civile, con già accennati alcuni problemi interpretativi e una non perfetta coerenza con principi di rango costituzionale, in particolare il principio del contraddittorio e la riserva di legge, è necessario misurarsi con la possibilità di un recupero della disciplina straordinaria nell'ambito della disciplina ordinaria del processo civile.

Non si può qui nascondere come l'udienza orale in presenza si manifesti a volte un ramo secco, asfittico ed inutile in alcune ipotesi (e forse un lusso a cui non può declinare l'economicità del processo), sia perché le parti discutono oralmente rimettendosi agli atti scritti (molto spesso a ciò indotti dallo stesso giudice, per esigenze di tempo), sia perché il giudice, oberato da ruoli sovraccarichi, non giunge in udienza preparato sui temi della causa³⁴.

Ciò è particolarmente evidente nelle udienze nelle quali intervengono solo i difensori tecnici, come la prima udienza di trattazione *ex art. 183. 5° comma c.p.c.* (potendo avere senso la partecipazione in presenza o da remoto della sola ulteriore udienza, a cui, con prassi non in linea con la legge che vorrebbe un'unica udienza di trattazione, ci ha abituati il processo

³² Sarà opportuno non dimenticare quanto stabilito da Cass. 5 luglio 2018 n. 17717, in *Dir. e Giust.*, 2018, con nota di Valerini.

³³ Si è così espresso anche Luiso, in occasione di un incontro formativo organizzato dalla Camera civile di Lucca, *Futuro ed evoluzione degli strumenti processuali civili nell'emergenza sanitaria*, 18 gennaio 2021.

³⁴ "Spesso la trattazione dell'udienza, seppure orale, è svolta in modo burocratico, seguendo un copione predefinito, che lascia davvero poco spazio alle iniziative non solo delle parti, ma anche del giudice", così Biavati, *op. cit.*

civile, laddove si conduca una discussione sui nuovi temi difensivi indotti dal contraddittorio, dallo *ius poenitendi* e dalle istanze istruttorie); l'udienza di precisazione delle conclusioni, artt. 189 e 281 *quinquies*, 1° comma, c.p.c.; l'udienza di discussione nel rito speciale a cognizione piena, a seguito dello scambio di note difensive finali, ai sensi dell'art. 429, comma 2°, c.p.c.; l'udienza dedicata alla discussione sull'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado nel giudizio di appello, ai sensi dell'art. 351 c.p.c.; l'udienza di trattazione in appello, ai sensi dell'art. 350 o della precisazione delle conclusioni in appello, ai sensi dell'art. 352 c.p.c.; l'udienza destinata all'accettazione dell'incarico e all'ammonimento al consulente, ai sensi dell'art. 193 c.p.c.; l'udienza per l'acquisizione delle informazioni da parte della pubblica amministrazione *ex art.* 213 c.p.c.; le udienze che si tengono nei procedimenti esecutivi e fallimentari, fuori dalle opposizioni o i reclami³⁵.

Per tutte queste udienze il dispendio di tempo e di energie che tengono occupate le parti e il giudice non ha senso alcuno.

Come già si è evidenziato nell'esame della disciplina attualmente in vigore, deve porsi una distinzione tra udienze nelle quali vengono raccolte le prove liberamente apprezzabili dal giudice, dove l'oralità ha modo di esprimersi come principio di immediatezza, di chiovendiana memoria³⁶, sul cui profilo si ritornerà nel paragrafo conclusivo, le quali impongono il rapporto diretto del giudice con la prova, senza dimenticare la difficoltà di garantire ad esempio al testimone, o al terzo che interviene, l'uso dello strumento telematico e le udienze in cui sono raccolte invece prove non liberamente valutabili ma che condizionano *ex lege* il giudicante. Si tratta per lo più di prove precostituite documentali, dove la forma scritta e quindi anche telematica è evidente, oppure di una prova costituenda fondata sulla dichiarazione della parte (interrogatorio formale e giuramento), che possono essere anche rese da remoto, tenuto conto che qui l'immediatezza nella percezione della prova ai fini della sua valutazione, non ha alcun rilievo, trattandosi di prove legali.

In tale ultimo caso la trattazione orale in presenza potrebbe essere sostituita dalla trattazione "da remoto".

Il sistema conosce però una modalità di acquisizione della prova testimoniale mediante forma scritta, art. 257 *bis*, c.p.c., i cui eccessivi formalismi hanno provocato una sostanziale abrogazione della norma, se si esclude la testimonianza che ha ad oggetto documenti di spesa

³⁵ Per riferimenti analoghi, v. Biavati, *op.cit.*

³⁶ Conf., Biavati, *op. cit.*; sul tema, Picardi, *Riflessioni in tema di oralità e scrittura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1 ss.

già depositati dalle parti, resa mediante dichiarazione sottoscritta del testimone e trasmessa al difensore della parte (comma 7° dell'articolo citato).

Se attraverso una diversa regolamentazione, novellando i contenuti della disposizione sulla testimonianza scritta, la norma dovesse avere effettiva applicazione, pur dovendo essere abbandonata alla volontà delle parti la diversa modalità di assunzione, non sarebbe difficile pensare ad una forma di trattazione scritta o “da remoto” anche dell'udienza relativa³⁷.

Pure la comparizione delle parti ai fini dell'interrogatorio libero o per il tentativo di conciliazione, potrebbe eseguire opportunamente le forme dell'udienza “da remoto”, non rendendosi sempre necessario il rapporto diretto e in presenza delle parti con il giudice, anche se qui dubitativamente per gli effetti provocati dall'interrogatorio libero, nella pratica mezzo assai diffuso, che qualche volta può fornire elementi di convincimento al giudice, elementi che egli può trarre certamente dall'immediatezza e dalla presenza.

Si deve qui pensare anche alla comparizione delle parti, indotta nei riti a cognizione sommaria, secondo le forme del processo cautelare o del rito camerale.

Uguualmente quando il consulente viene invitato a render oralmente la sua perizia oppure a chiarire, pure verbalmente la relazione peritale agli atti.

Se questa evoluzione non pare affatto traumatica e anzi in linea con le esigenze di efficienza e celerità del processo, eliminando inutili attività e dispersione di tempo, deve sottolinearsi l'importanza del rispetto delle forme del contraddittorio nella modalità a trattazione scritta.

Sarà necessario ancora una volta ripetere che, qualora la nota scritta non si attenga rigorosamente ai canoni di sintesi e chiarezza, che consentono esclusivamente istanze e conclusioni che sarebbero state rese sinteticamente a verbale, ed introduca difese nuove in fatto e in diritto, purché ancora esaminabili nella fase del processo in cui le note vengono versate in atti, pare necessario che il giudice conceda, a fronte dell'abuso del mezzo e della novità di contenuto difensivo, un termine alle altre parti per replica e che tale previsione debba esser riconosciuta a pena di nullità dal legislatore, come già avviene, ai sensi dell'art. 101, 2° comma, c.p.c., per le questioni rilevate d'ufficio.

Termini e forme di esercizio del contraddittorio che non possono essere lasciate alla discrezionalità del giudice, ma devono essere disciplinate precisamente dal legislatore, anche

³⁷ Che la testimonianza in presenza all'udienza non sia più un principio inderogabile lo evidenzia anche piano nazionale di ripresa e resilienza, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, in www.governo.it, ove si legge: “*Nell'ambito della negoziazione assistita viene data la possibilità agli avvocati di anticipare, ove possibile e con procedure definite, una parte dell'attività istruttoria al fine di agevolare l'accertamento dei fatti prima dell'inizio del processo, di consentire alle parti di valutare meglio l'alea del giudizio e incoraggiare soluzioni transattive. Il vaglio di tale attività nell'eventuale successivo giudizio è rimesso alla valutazione del giudice*”.

con la previsione di sanzioni di nullità tipizzate, in ossequio al principio di riserva di legge, di cui all'art. 111, comma 1°, c.p.c.

10. L'oralità e l'art. 6 della C.e.d.u.

L'art. 6 C.e.d.u., in particolare, la prima parte del par. 1 della disposizione, riconosce il diritto di ogni persona “*a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole*”.

L'udienza pubblica è una garanzia inderogabile della giurisdizione, sia penale che civile?

E' noto come alcune udienze del processo civile non sono pubbliche, come quelle istruttorie, oppure le udienze del processo camerale, sempre più diffuso nell'ambito della tutela dei diritti, e costituenti ormai la modalità ordinaria di conduzione del processo innanzi alla S.C.

La trattazione scritta introduce un *vulnus* al principio sancito al massimo livello delle fonti?

La risposta è negativa.

Le deroghe sono ampiamente ammesse nel sistema, quando vi siano ragioni obiettive e razionali nel concreto procedimento in atto, che ne giustifichino una variazione, e non solo il regime straordinario imposto dall'emergenza sanitaria, ma anche quando la scelta si compia in funzione dei principi di economicità e di funzionalità ed efficienza del sistema³⁸.

Perciò l'asfittica udienza in presenza, che comporta dispendio inutile di energie del giudice e del difensore delle parti, che potrebbero essere profuse piuttosto in note scritte e provvedimenti concisi trasmessi telematicamente, ben potrebbe essere sostituita da un'udienza con modalità scritta oppure “da remoto”.

11. Il principio dell'oralità nella sua accezione contemporanea e storica.

Esiste un'ultima remora alla diffusione di forme di trattazione alternative alla oralità in presenza, costituite dalla teorizzazione, sempre presente nei tentativi di riforma del processo civile, di uno svolgimento orale del processo, a partire dalle riforme dei primi anni del 1900

³⁸ Conf., Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Giur. cost.*, 2011, 1234 e Cass., 5 maggio 2016, n. 9041, in *Vita not.*, 2016, 6, 887; Cass., 10 gennaio 2017, n. 395, in *Foro it.*, 2017, I, 538. Cfr. sul tema, ma dedicato al processo penale, Grigioni, La pubblicità della udienza, in www.questionegiustizia.it; per gli aspetti civilistici, Frasca, *L'udienza pubblica “eventuale” della Cassazione civile (cioè a libito di una parte e/o del pubblico Ministero)*, *ivi*; Caratta, *Il nuovo giudizio civile in Cassazione fra nuove riforme e vecchi problemi*, in *Giur. it.*, 2018, IV,772; Costantino, *Note sulle misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione*, *Foro it.*, 2017, V, 9; Punzi, *La nuova stagione della Corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, *Riv. dir. proc.*, 2017, 4 ss.

e particolarmente dalla elaborazione dovuta ai fondamentali contributi di Chiovenda, sia come risultato del progetto di riforma del procedimento civile dovuto alla commissione istituita dopo la prima guerra mondiale, a partire dal 1918³⁹ e sia nel contributo successivo “*Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova. L’oralità e la prova*” (1924)⁴⁰.

Vi è da rilevare che, nel più recente contributo, Chiovenda, nel dare atto del dibattito intercorso con Mortara⁴¹, ne attenua significativamente i contrasti, rinvenendo nell’opera dello studioso contemporaneo, primo Presidente della Corte di cassazione, elementi non difforni dalla sua teorizzazione, che solo apparentemente avevano portato ad un contrasto tra la riforma del 1901 al codice del 1865, ispirata da Mortara, e la riforma influenzata da Chiovenda, suggerita dalla commissione del dopo guerra, che non ebbe sul piano legislativo la stessa fortuna⁴².

³⁹ La relazione, risalente al 1919, è oggi pubblicata in Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, Milano, 1993, 1 ss., in particolare 17 ss. e 23 ss.

⁴⁰ Il saggio, già pubblicato sulla *Riv. dir. proc. civ.*, è oggi in Chiovenda, *Saggi*, cit., 197 ss.; v. altresì *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1906), in *Saggi*, cit. I, 379 ss. Sul tema dell’oralità, *ex plurimis*, Denti, v. *Oralità, 1. Il principio della oralità*, in *Enc. giur.*, 1990, 9; Cavallone, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 896 ss. e ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 437 ss.; Vocino, v. *Oralità nel processo (dir. prov. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, 615; Calamandrei, v. *Oralità nel processo*, in *Nuovo dig.it*, IX, Torino, 1939, 124 ss.; e fonte di ispirazione per Chiovenda, Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823, l’ulteriore opera di Bentham, *De L’organisation judiciaire et de la codification*, Bruxelles, 1829, è un rifacimento del collaboratore e allievo Dumont, e Klein, *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Oesrerreich*, in *Juristische Blätter*, Wien, XIX (1890), n. 43-52 e XX (1891), n. 20. Per un’analisi attuale, non in piena linea con quanto sostenuto nel testo, Spaziani, *Chiovenda e il computer. Il processo “da remoto” e la teoria dell’azione*, in *Giustiziansieme.it* e, soprattutto, Caponi, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, cit., 193 ss.

⁴¹ Discorso tenuto da Mortara al Senato il 24 novembre 1923 (*Atti del Senato, discussioni*, 5580 e ss. e soprattutto nello scritto in *Giur. it.*, 1923, IV, 136 ss).

⁴² Secondo Cipriani, *Storie di processualisti e oligarchi*, Milano, 1991, 200 e ss., per essere a partire dal giugno 1919, e per un anno, Ministro della Giustizia, proprio Ludovico Mortara, le cui sconfitte sul piano accademico sarebbero state succedute dai suoi trionfi sul piano giudiziario e politico. Ci penserà poi il ventennio a mettere a tacere i due massimi studiosi del processo civile del primo novecento, aventi matrice liberale comune. L’uno perché firmatario del Manifesto di Croce (pubblicato su *Il Mondo*, 1° maggio 1925, v. Cipriani, *Giuseppe Chiovenda, il manifesto di Croce e il fascismo*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 281 ss.), l’altro per la sua origine ebraica, figlio del rabbino di Mantova (cfr. Satta, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 459 ss. e soprattutto Mortara, *Pagine autobiografiche* (1933), in Satta, *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1969, 39 ss.). Invero a Chiovenda vengono ricondotte quasi tutte le grandi riforme del processo civile, ma con finalità apologetiche prive di realtà, si pensi alla Relazione al Re per il codice del 1940, scritta da Calamandrei con la supervisione di Grandi (ancora, Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, 442 e ss.), quanto di più lontano alle idee del Professore (“*basti considerare che, mentre l’oralità chiovendiana consisteva essenzialmente nell’assicurare che le prove fossero assunte dall’intero collegio, il codice aveva il suo cardine – n.d.r. e tutt’ora nel rito collegiale – nel giudice istruttore*”, ancora Cipriani, *op.ult.cit.*, 446 e Liebman, *Note sulla riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 1947, IV, 52). Ugualmente l’intervento polemico di Andrioli, in occasione dei dibattiti che preludevano, nel 1971 a Bologna, l’entrata in vigore della legge n. 533 del 1973, volto a rivendicarne l’*imprimatur* chiovendiano (con tanto di citazione di norme del progetto di Chiovenda, che non trovarono luogo nella successiva legge del 1973), rispetto alla relazione di Fabbrini (sui dubbi di costituzionalità e certe assonanze con il rito del lavoro del 1928 e del 1934, cfr. gli atti in *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, Milano, 1971, 7 ss.), a cui

Nel scritto più recente del 1924 - che si ritiene opportuno esaminare per una più corretta valutazione dell'opinione di Chiovenda, il quale in esso si libera dalla adesione alle matrici storiche dell'idea, nell'opera di Jeremy Bentham e di Franz Klein, che aveva ispirato la riforma austriaca del processo civile, e dimostra maggiore sensibilità alla pratica del processo -, attenua il confronto con Mortara, nell'accentuare alcuni aspetti a favore dell'oralità di Mortara stesso, nel noto discorso al Senato del 1923 (*"noi abbiamo d'oralità nel nostro processo una certa quantità, che potrà essere aumentata...senza bisogno di metter a soqquadro tutta l'architettura del nostro processo; rispettando le abitudini fondamentali della vita giudiziaria italiana e il tipo fondamentale del processo italiano...adottare tutti quei miglioramenti che sono necessari per abbreviarlo, per perfezionarlo, per concentrarlo, per introdurgli quel tanto di oralità che può servire a questo fine"*).

Precisa Chiovenda: *"io, e quanti siamo propugnatori dell'oralità, intendiamo per processo orale quello in cui l'udienza è utilizzata per la trattazione della causa, cioè per lo svolgimento stesso dell'istruttoria, convenientemente predisposta in base a scritture preparatorie delle parti con provvedimenti ordinatori del magistrato"* e prosegue nel dare concreta applicazione all'oralità: *"un processo in cui l'udienza serva...al compimento dell'istruttoria seguita immediatamente dalla discussione dei suoi risultati"*⁴³. Proseguendo nella lettura, il Maestro evidenzia e si dilunga sul rapporto tra oralità e prova, offrendo finalmente il nucleo essenziale della sua teoria, ormai matura negli anni 20, dopo decenni di riflessioni e polemiche: *"conviene porre il maggior rilievo, il valore intimo dell'oralità, considerata in quello dei suoi poliedrici aspetti che si suol chiamare l'immediatezza. L'oralità intesa come immediatezza di rapporti tra il giudice che deve pronunciare la sentenza e gli elementi da cui deve trarre la sua convinzione (persone, oggetti, luoghi), è la condizione indispensabile per l'attuazione del principio della libera convinzione del giudice in opposizione al sistema della prova legale"*.

Dunque Chiovenda, nel saggio del 1924, traduce l'oralità nell'immediatezza della raccolta della prova libera, tanto che quando il processo si risolve in sole questioni di diritto oppure in questioni di fatto risolvibili mediante prove precostituite, il valore dell'oralità viene

fa cenno recentemente anche Proto Pisani, *Dieci studi sul processo. In ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019, 5 e ss. con richiamo alla relazione tenuta nella giornata sul processo, nel 2019, in occasione dei dialoghi presso il Convento di San Cerbone, organizzata dagli allievi di Giuseppe Pera.

⁴³ Si respira comunque una visione privatistica e dispositiva del processo (troppo spesso ignorata, verso un inquadramento pubblicistico e autoritario dell'opera di Chiovenda, nella ricostruzione critica ingenerosa di Tarello, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, III/1, Bologna, 1973, 679 ss.). Cfr., altresì Denti, *Chiovenda e le riforme del processo civile*, in *Foro it.*, 1988, V, 347 ss. e ID, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, 32 ss.; Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980, 193 ss. e Cipriani, *Storie di processualisti e oligarchi*, cit, 200 e ss.

sminuito, necessario al contrario in caso di “*prove diverse dalla documentale (interrogatorio, esame di testimoni, perizia, ispezione giudiziale)*” e aggiunge: “*la mancanza d’atti di istruzione da compiere in udienza renderà meno tangibili le differenze tra il processo scritto e l’orale*”.

L’evoluzione del principio di oralità nella concezione matura di Chiovenda si traduce dunque nel principio di immediatezza, che vuole la partecipazione “*diretta ed in presenza*” del giudice e delle parti, ovvero dei difensori, nell’assunzione delle prove libere all’udienza. Non si può, ancora una volta, non ricordare il pensiero di Mortara, massimo giudice italiano nei primi decenni del novecento, sino all’avvento del fascismo, ancora nel discorso al Senato del 1923: “*il giudice dove sorge una questione di diritto da svolgere, ha bisogno di riflettere, di studiare: la meditazione sopra le memorie scritte degli avvocati e l’agio che così è concesso al giudice di consultare autori, di esaminare la giurisprudenza, lo mettono in grado non solo di coltivare il suo ingegno, ma anche di dare una sentenza cognita causa, ponderata, ben motivata*”.

Mortara nella sua viva esperienza di giudice, prima ancora di studioso del processo civile, coglie nel segno e Chiovenda muove dagli stessi spunti, nello scritto più recente.

Il processo civile non può svolgersi d’impeto e ridursi alla discussione orale, come il processo penale, che è altra cosa, perché è un giudizio prevalentemente su fatti storici, condotte, atti od omissioni, che hanno rilevanza ai fini della sanzione e dunque dove il dibattimento nella raccolta della prova e la discussione immediata ha un senso assolutamente centrale. Il processo civile non può prescindere, per la prevalenza delle questioni giuridiche su quelle fattuali, da una pre-costituzione di atti scritti, ove il difensore tecnico “*ha bisogno di riflettere, di studiare, di meditare*”, per parafrasare le parole di Mortara.

Pertanto, se le perplessità all’utilizzo di forme alternative a quelle dell’oralità dibattimentale hanno ragioni profonde nell’ambito del processo penale, diverso è il processo civile, nel quale è impossibile prescindere dalla precostituzione in forma scritta delle difese delle parti, domande, eccezioni, prove, questioni pregiudiziali di rito, questioni sulla individuazione, interpretazione e applicazione della regola giuridica e dove dunque una trattazione, anche in forma scritta, oppure senza la presenza delle parti immediata all’udienza, può ben giustificarsi, rimanendo insostituibile e inderogabile quell’accezione chiovendiana, e, potremmo oggi aggiungere, non avversata da Mortara, dell’oralità che è l’immediatezza nella raccolta della prova libera e probabilmente nell’assunzione dell’interrogatorio libero della parte, modalità che non potrà mai derogare ai principi di immediatezza ed oralità sanciti dalla presenza del testimone, del consulente o della parte in udienza.

Tale eventualità non è esclusa dalla legislazione di emergenza, anzi è esplicitamente riconosciuta, ciò che rende quella legislazione, con gli aggiustamenti derivanti da forme adeguate allo svolgimento in contraddittorio delle parti delle questioni di fatto e di diritto, utilizzabile anche nel regime ordinario del processo civile.