

Ilaria Pagni

**Le misure urgenti in materia di giustizia per
contrastare l'emergenza epidemiologica:
un dibattito mai sopito su oralità e
pubblicità dell'udienza**

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

Ilaria Pagni

Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza

*aggiornato al 15 dicembre 2020

** Il presente saggio è stato già pubblicato in *Judicium*, 15 dicembre 2020, www.judicium.it

SOMMARIO: 1. Il quadro della legislazione d'emergenza in materia di giustizia - 2. Dal ragionamento sulle modalità di fare udienza ad una riflessione sugli interventi per una giustizia efficiente ed effettiva. - 3. Flessibilità del procedimento e processo giusto: un'endiadi e non un ossimoro. - 4. L'innesto, in questo quadro, delle nuove tipologie di "udienza". - 5. Conclusioni.

1. Il quadro della legislazione d'emergenza in materia di giustizia.

Mentre la disciplina della sospensione dei termini per il compimento degli atti del processo è strettamente legata al periodo che stiamo vivendo (anche se è destinata a produrre un contenzioso che durerà nel tempo), le previsioni originariamente contenute nell'art. 83, settimo comma, lett. f) e h) del D.L. 17 marzo 2020, n. 18,¹ e poi riprese nell'art. 221 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (cd. decreto

¹ Convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, e poi ulteriormente modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28.

“Rilancio”),² per essere infine riviste, in parte, dal D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 (cd. decreto “Ristori”),³ riaprono un dibattito di perdurante attualità, qual è quello delle caratteristiche che deve avere un processo civile per essere efficiente, e, al contempo, assicurare una tutela effettiva ai diritti delle parti. L’eventuale impiego delle nuove modalità di udienza in aggiunta a quella in presenza, una volta superata l’emergenza sanitaria, porta a chiedersi infatti se ci sono ostacoli, nelle regole del giusto processo, che sconsigliano di mettere a regime strumenti che non avevamo preso in reale considerazione finora se non in ipotesi residuali,⁴ o se gli unici ostacoli da superare, vista la duplice modalità offerta dal legislatore dell’udienza “figurata” e “da remoto”, siano quelli che discendono dai ritardi nella innovazione tecnologica.

Il tema è noto.

L’art. 83 prevede che le udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori si possano svolgere mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice, mentre le udienze che richiedono, oltre alla presenza dei difensori, quella delle parti e degli ausiliari del giudice, ma non di soggetti diversi da questi, possano svolgersi mediante collegamenti da remoto,⁵ con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti.⁶ Con il decreto del 28 ottobre 2020 non è più

² Convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 17 luglio 2020, n. 77.

³ Per una prima analisi delle novità in materia di giustizia civile previste dal c.d. decreto “Ristori” v. B. Sassani-B. Capponi-A. Panzarola-M. Farina, *Il decreto Ristori e la giustizia civile. Una prima lettura*, in *Judicium*, 3 novembre 2020.

⁴ Al di là dei toni ironicamente drammatici con cui G. Scarselli, *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in *Judicium*, 13 maggio 2020, paventa il venir meno delle norme sulla competenza del giudice, delle regole processuali in generale, del diritto processuale come disciplina, e poi, ancora, dell’avvocato prima e del giudice poi, l’A. pone un problema delicato, e cioè se anche l’udienza da remoto, e non solo quella cartolare, sia in violazione del principio costituzionale dell’udienza pubblica.

⁵ Individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia: in pratica, mediante Teams o Skype for business (il cui utilizzo è previsto fino al 2021).

⁶ La norma, ripresa dall’art. 221 del decreto “Rilancio”, aggiungeva: “*lo svolgimento dell’udienza deve in ogni caso avvenire con la presenza del giudice nell’ufficio giudiziario*”. La previsione, come subito diremo, è stata sostituita dall’art. 23 del decreto “Ristori”, che al settimo comma recita: “*In deroga al disposto dell’art. 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*”.

In un’epoca lontanissima da questa (anni luce, se si guarda al profilo dei mezzi di comunicazione disponibili), si insegnava che “*il requisito della pubblicità dell’udienza di discussione, fissato a pena di nullità dall’art. 128 c.p.c., resta soddisfatto quando risulti concretamente assicurata la possibilità di assistere all’udienza medesima, mentre è irrilevante la utilizzazione di un locale normalmente non destinato ad aula di udienza (nella specie: studio del pretore)* (così, Cass. civ., 30 ottobre 1984, n. 5563, in *Foro it., Rep.*, 1984, voce *Procedimento civile*, n. 139).

necessaria la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario.⁷

Nel caso di trattazione "cartolare", l'art. 221, integrando sul punto l'art. 83, dispone che il giudice comunichi alle parti almeno trenta giorni prima della data fissata per l'udienza che la stessa è sostituita dallo scambio di note scritte e assegna alle parti un termine fino a cinque giorni prima della predetta data per il deposito delle note scritte.

Il legislatore ha anche aggiunto che ciascuna parte, che non voglia la trattazione scritta, possa presentare istanza di trattazione orale entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento e che il giudice provveda entro i successivi cinque giorni. Non si prevede che l'istanza debba essere motivata, ma nei primi provvedimenti in proposito si legge di rigetti giustificati con l'assenza di motivazione della richiesta e, al contempo, con la difficoltà di organizzare udienze in presenza vista l'emergenza sanitaria.⁸ Ritengo che, se la modalità cartolare dovesse essere conservata come opzione alternativa anche una volta superata la pandemia, debba essere superata anche la necessità di motivazione della richiesta, non ricorrendo più l'esigenza di bilanciamenti con la tutela della salute e dovendosi dare spazio alla volontà delle parti⁹ e sfogo alla discussione orale. Ciò, ovviamente se si crede che la discussione serva veramente: qualcuno trova che la discussione orale – tranne rari casi: provvedimenti cautelari in senso lato, quindi anche sospensive – non serva a molto, se preceduta dagli scritti.

Nella logica di una piena equiparazione tra la partecipazione "cartolare"

Prima dell'intervento dell'art. 23, comma 7 del decreto "Ristori", il Tribunale di Mantova aveva rimesso gli atti alla Corte Costituzionale, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 7 lett. f) "*per palese contrasto con gli artt. 3, 32, 77 e 87 Cost., limitatamente alle parole 'con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario'*" (Trib. Mantova, 19 maggio 2020, in *Quotidiano giuridico*, 11 giugno 2020)..

⁷ Necessità della presenza che era stata criticata dai più: v. G. Costantino, *La Giustizia da remoto: Adelante ... con juicio (seconda parte)*, in *Giustizia Insieme*, 2 maggio 2020, 3-4.

⁸ Così Trib. Roma, ord. 23 ottobre 2020, inedita, e Trib. Lucca, decr. 21 ottobre 2020, inedito.

⁹ Nel contenzioso tributario l'art. 33 D. Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 prevede che la controversia sia trattata in camera di consiglio salvo che una delle parti non abbia chiesto la discussione in pubblica udienza, con apposita istanza da depositare nella segreteria e notificare alle altre parti costituite. L'istanza non dev'essere motivata e il rifiuto, da parte del giudice, di discutere la causa in pubblica udienza, in presenza dell'istanza, viola il diritto di difesa e comporta la nullità di tutti gli atti successivi, ivi compresa la sentenza: Cass. civ., sez. trib., 11 maggio 2009, n. 10678, in *Corr. Trib.*, 2009, 25, 2049 ss.

In precedenza, l'art. 39 d.p.r. 26 ottobre 1972 n. 636, che, escludendo l'applicazione nel processo tributario dell'art. 128 c.p.c., vietava la pubblicità delle udienze davanti alle commissioni tributarie, era stato dichiarato incostituzionale per contrasto con l'art. 101 Cost. da C. Cost., 16 febbraio 1989, n. 50, in *Giust. civ.*, 1989, I, 509, con commento di M.R. Morelli, dopo che Corte cost., 31 marzo 1988, n. 378, in *Foro it.*, 1988, I, 3197, con note di C. Consolo e E. Rossi, aveva salvato la norma ma ammonendo che, qualora la questione fosse stata nuovamente sottoposta all'esame della Corte, l'adeguamento del processo tributario al principio di cui all'art. 101 Cost. sarebbe stato inevitabile.

all'udienza "figurata" e la partecipazione fisica all'udienza in presenza, l'art. 221 ha anche precisato un punto che era rimasto aperto, e cioè se il mancato deposito telematico di note scritte ad opera di entrambe le parti equivalesse ad una ipotesi di inattività tale da giustificare l'estinzione del processo, stabilendo che "se nessuna delle parti effettua il deposito telematico di note scritte, il giudice provvede ai sensi del primo comma dell'art. 181 del codice di procedura civile". In questo modo si mostra di ritenere che la trattazione cartolare – non so quanto correttamente¹⁰ - equivalga ad una udienza vera e propria.

Come dirò meglio più avanti, nonostante il disposto dell'art. 83 e poi dell'art. 221 sembri incline a preferire l'udienza "figurata" a quella "da remoto", riservando quest'ultima al caso in cui oltre ai difensori debbano intervenire anche le parti o gli ausiliari del giudice¹¹ (e il comma settimo dell'art. 221 aggiunge l'ulteriore requisito della necessità del consenso preventivo delle parti), se non vi fossero le difficoltà originate da un sistema insufficiente¹² e da server dislocati in modo poco ragionevole, l'udienza "da remoto" dovrebbe essere preferita all'altra,¹³ e non solo nel rito del lavoro: ciò anche per non appesantire un processo che già vede troppi atti scritti, e poco rispetto del principio di sinteticità (e chiarezza). La trattazione cartolare, limitata ad una sintetica illustrazione delle istanze e delle conclusioni assunte, dovrebbe essere riservata invece, dal legislatore, a quelle sole udienze in cui non vi è, di norma, niente davvero da discutere (e fermo che resterebbe anche in quei casi, comunque, la possibilità di fare istanza per la trattazione in presenza).

Nel processo penale l'esperienza dell'aula di giustizia virtuale era già stata prefigurata dall'art. 146-bis disp. att. c.p.p. per il quale *"quando è disposta la partecipazione a distanza, è attivato un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto. Se il provvedimento è adottato nei confronti di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno è posto altresì in grado, con il medesimo mezzo, di vedere ed udire gli altri"*. In questo caso

¹⁰ In senso contrario, M.G. Civinini, *La giustizia in quarantena*, in *Questione giustizia*, 31 marzo 2020, § 4; A. Panzarola-M. Farina, *Il diritto processuale civile e la emergenza covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, in *Judicium*, 29 maggio 2020.

¹¹ Peraltro, l'art. 221, ottavo comma, consente che l'udienza fissata per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio sia sostituita da una dichiarazione sottoscritta con firma digitale da depositare nel fascicolo telematico, contenente il giuramento dell'ausiliario del giudice di bene e fedelmente adempiere alle funzioni affidategli.

¹² È purtroppo ricorrente la risposta, alle istanze di trattazione "da remoto", che *"le dotazioni tecniche dell'ufficio non consentono la celebrazione dell'udienza da remoto mediante collegamento audiovisivo"*.

¹³ Per la preferibilità dell'udienza da remoto, F. Valerini, *In difesa dell'udienza da remoto*, in *Judicium*, 29 aprile 2020. Nel senso che sia indispensabile tenere le udienze, e a favore dell'idea di stabilizzare le norme attuali sulla celebrazione a distanza, il presidente dell'Unione delle Camere civili, Antonio De Notaristefani, in un'intervista a *Il Sole24 Ore*.

dev'essere consentito al difensore e all'imputato di consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei. Il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza. L'importanza dell'aula di udienza è sottolineata nell'art. 146 disp. att. c.p.p. ("Nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante. Le parti private siedono a fianco dei propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti").

Ovviamente il processo penale non è il processo civile, e nel codice di rito non ci sono previsioni analoghe a quella dell'art. 146 disp. att. c.p.p. (basta leggere gli artt. 84 e 117 disp. att. c.p.c., che disciplinano lo svolgimento delle udienze e della discussione) ma le condizioni affinché possa realizzarsi un contraddittorio effettivo tra le parti non debbono essere troppo diverse.¹⁴

Richiamando, per quanto non espressamente derogato,¹⁵ l'art. 221, l'art. 23 del Decreto "Ristori" ha aggiunto alle disposizioni già in essere che le udienze dei procedimenti civili alle quali è ammessa la presenza del pubblico ministero possano svolgersi a porte chiuse ai sensi dell'art. 128 c.p.c., il quale vuole che l'udienza sia normalmente pubblica ma il giudice possa disporre che si svolga a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume.

L'art. 23 ha inoltre previsto che le udienze in materia di separazione consensuale tra coniugi e di divorzio congiunto possano essere sostituite dalla trattazione cartolare se le parti rinuncino espressamente all'udienza e dichiarino di non volersi conciliare. Ha infine previsto, insieme alla già ricordata possibilità per il giudice di partecipare all'udienza da remoto da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario, che le deliberazioni in camera di consiglio possano essere assunte mediante collegamenti da remoto e che il luogo in cui si collegano i magistrati sia considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge.

Il quadro delle alternative offerte dal legislatore dell'emergenza, dicevo, si inserisce in una cornice più generale, quella della necessità o meno di una riscrittura delle norme del codice di procedura civile in chiave di maggiore effettività ed efficienza.

Come si nota da sempre, il nostro giudizio civile non trova pace e nella fucina perennemente accesa dei progetti e disegni di legge alla ricerca del processo

¹⁴ Per una critica e sui rischi del processo penale da remoto, v. G. Spangher, *La Giustizia da remoto. Adelante con juicio (prima parte)*, in *Giustizia Insieme*, 1° maggio 2020, e P. Borgna, *25 Aprile e stato d'eccezione*, in *Questione Giustizia*, 25 aprile 2020. Sul processo civile, v. le considerazioni di F. Donati, *La Giustizia da remoto. Adelante con juicio (prima parte)*, in *Giustizia Insieme*, 1° maggio 2020.

¹⁵ Ovvero, come si è detto, quanto ai processi civili per la parte relativa alla necessaria presenza del giudice presso l'ufficio giudiziario nel caso dell'udienza "da remoto".

migliore, le prove, come gli esami, non finiscono mai:¹⁶ il che, come ho sottolineato in altre occasioni, non esclude l'opportunità di un intervento *de minimis*, volto *i)* alla revisione di quelle previsioni, soprattutto del secondo libro, che recano traccia di interventi del legislatore, ripetuti negli anni e non sempre coordinati tra loro, *ii)* alla armonizzazione con gli interventi della giurisprudenza pretoria della Corte di Cassazione e con le leggi speciali più rilevanti, *iii)* alla creazione di un maggior raccordo con le regole tecniche dovute all'evoluzione digitale (che debbono essere portate nel codice, a livello di disposizioni di attuazione).

Ed è probabilmente anche giunto il momento di correggere alcune rigidità che impediscono l'utilizzo di quel *case management* che consentirebbe di adattare il rito alla maggiore o minore complessità della controversia.

In questo contesto anche le previsioni relative alle due nuove modalità di udienza potrebbero entrare a far parte di strumenti processuali pensati in chiave di efficienza, e contribuire ad un alleggerimento dei "costi" della giustizia (sui quali incide anche il tempo speso dai difensori per gli spostamenti e l'impiego dei domiciliatari, il cui utilizzo, al momento, è ridotto solo grazie al domicilio digitale per le comunicazioni di cancelleria, ma non per la trattazione delle udienze) senza rinuncia alle garanzie del processo giusto. Due modalità di udienza che il legislatore, nel passaggio dall'art. 83 all'art. 221, ha rimesso alla volontà delle parti nell'alternativa rigida rispetto alla trattazione in presenza, e che in una logica di maggiore flessibilità potrebbero invece diventare un trittico di opzioni, eleggibili tutte l'una in luogo dell'altra a seconda delle circostanze, della natura della controversia, del tipo di udienza, della qualità e del numero delle parti.

Questo, come chiarirò più avanti, non significa invocare l'esigenza di flessibilità a dispetto delle regole cardine del processo civile,¹⁷ o in chiave di smaterializzazione della giustizia, o, peggio, dell'affermazione di una giustizia predittiva di tipo forte, che simuli il ragionamento umano, neppure nelle controversie bagatellari. Il giudice non è "una di quelle macchinette automatiche in

¹⁶ Così C. Vocino, voce *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 615, in una riflessione più ampia dedicata ad un profilo, quello del significato dell'oralità nel processo, che è di centrale importanza nello svolgimento del tema delle eventuali prospettive di riforma aperte dalle scelte del legislatore dell'emergenza.

¹⁷ Intendendo con ciò tranquillizzare, almeno per quanto mi riguarda, G. Scarselli, *Contro le udienze da remoto*, cit., rispetto alle sue comprensibili e legittime preoccupazioni per un futuro in cui si immaginino processi decisi dalle macchine, o palazzi di giustizia che non costituiscano più luoghi di incontro e di scambio di opinioni. Cambiato quel che c'è da mutare, quel che si deve fare - nel riflettere su questi temi e sui pericoli che l'abuso, e non il corretto uso, della tecnologia può procurare - è riservare ad essi la medesima cautela ed attenzione che si deve riservare all'impiego, nella ricerca scientifica, delle banche dati, che devono costituire un punto di partenza ma mai un punto d'arrivo, se non si vuole mortificare il ragionamento giuridico e la qualità delle conoscenze (in argomento v. M. Fabiani, *Per la qualità delle conoscenze giuridiche, tra nostalgia e tutela dei diritti*, in *Corr. giur.*, 2016, 511 ss.).

cui basta introdurre da una parte una moneta – scriveva Calamandrei – perché dall'altra esca la merce bell'e confezionata".¹⁸ E, per fortuna, a dispetto di un immaginario "giudice robot", la soglia oltre la quale l'intelligenza artificiale per adesso non può andare è proprio il momento della decisione, perché l'algoritmo non simula il ragionamento, ma lavora esclusivamente sui precedenti.

2. Dal ragionamento sulle modalità di fare udienza ad una riflessione sugli interventi per una giustizia efficiente ed effettiva.

Di fronte al quadro delle possibilità aperte da misure assunte per fronteggiare la pandemia, è normale che ci si domandi cosa, di quel che è stato suggerito o imposto dalla crisi, possa essere trasformato in opportunità.

Così facendo la riflessione sulle misure urgenti in materia di giustizia si allarga dalle modalità di fare udienza alla considerazione più generale di quale sia, se esiste, il modello di processo che meglio risponda all'obiettivo di garantire *"un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi"*.¹⁹ In una situazione di crisi preesistente, aggravata dalla pandemia, il processo civile dovrebbe poter

¹⁸ P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, Padova, 1950, 487.

¹⁹ In questi termini si esprime l'art. 0.8 (Efficienza del processo civile), dovuto all'intervento di Remo Caponi, del progetto di nuovo codice di procedura civile redatto da Andrea Proto Pisani (*Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.), per il quale il principio di proporzionalità impone che sia *"assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi"*.

Nell'esperienza giuridica che lo ha maggiormente elaborato, quella tedesca, il principio di proporzionalità richiede che l'adozione di un provvedimento per il perseguimento di un certo scopo sia appropriata (*geeignet*, cioè in grado di realizzare lo scopo o quanto meno di agevolarne in modo sensibile la realizzazione), necessaria (*erforderlich*, cioè che non vi sia alcun altro mezzo migliore per raggiungere lo scopo) e adeguata (*angemessen*, ovvero proporzionata in senso stretto, cioè che gli effetti collaterali negativi arrecati dal provvedimento non siano sproporzionati rispetto ai vantaggi da esso arrecati, ciò che richiede una valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi): cfr., sul punto, R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema di «class action»*, in *www.giustamm.it*, 2010, 8 ss.

In argomento v. inoltre A. Panzarola, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1459 ss.; R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 389 ss.; L. P. Comoglio, *L'economia dei giudizi come principio «ad assetto variabile» (aggiornamenti e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 331 ss.

rispondere al meglio ad un bisogno di giustizia che non potrà che acuirsi, aggravando il carico di ruoli già particolarmente gravati.

In questo contesto il tema delle modalità di svolgimento delle udienze – pure di importanza centrale nei periodi di massima emergenza sanitaria - non è probabilmente il tema principale. E tuttavia le prospettive che quel tema apre vanno oltre le circostanze contingenti ed impongono di riflettere su questioni generali (una per tutte, quello del ruolo che deve avere il giudice nella conduzione del processo) che ci riportano all'interrogativo iniziale di cosa si possa fare nella direzione di un processo insieme efficiente ed effettivo.²⁰

A tal proposito, tempo addietro, avevo provato ad avanzare una proposta.²¹ Anziché continuare a chiederci se estendere a tutte le controversie il rito sommario di cognizione o il rito del lavoro, come si sta facendo anche a proposito del disegno di legge oggi all'esame del Senato²² (le idee sono le più varie e ciascuna si scontra con la convinzione che una riforma che guardi solo alle regole del procedimento e non anche agli aspetti organizzativi e ordinamentali sia destinata a sicuro insuccesso), avevo provato a ragionare, riprendendo l'idea carneluttiana della struttura elastica del giudizio,²³ sul modo in cui sarebbe possibile innestare un certo grado di flessibilità nel processo di oggi, utilizzando i modelli a disposizione dell'operatore, per coniugare le prospettive dell'effettività della tutela e dell'efficienza del processo civile. L'idea, certo, non è nuova ma va adattata ai giorni nostri, temperando la necessità del rispetto delle garanzie di un processo che si vuole predeterminato dalla legge²⁴ con la possibilità di rimettere al giudice la scelta dell'articolazione più confacente alle peculiarità della singola controversia, individuando perciò la soglia minima oltre la quale non si può andare nel restringere lo spazio della previsione normativa e cercando nel contempo un equilibrio tra poteri discrezionali dell'organo decidente e simmetrici poteri delle parti.

²⁰ Per una proposta volta a rimediare alla scarsità della risorsa giustizia, v. A. Proto Pisani, *La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 100 ss., spec. 102 ss.; e poi Id., S. Paparo, M. Monnini e M.S. Zampetti, *Interventi di «pronto soccorso» per un processo (... un po' più ...) civile*, in *Foro it.*, 2017, V, 208.

²¹ Sia consentito rinviare al mio *Principio di proporzionalità e regole minime tra rito ordinario, rito del lavoro e tutela sommaria*, in *La tutela dei diritti e le regole del processo*, in *Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2019, 113 ss.

²² DDL AS n. 1662 di "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie".

²³ F. Carnelutti, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, 55 ss.

²⁴ Com'è noto, la tecnica del processo a cognizione piena è caratterizzata dalla predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei corrispondenti poteri, doveri, facoltà processuali delle parti e del giudice: sul punto v. A. Proto Pisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265 ss.

Allora, avevo provato a declinare con esempi questa prospettiva, che al momento conosce solo la scelta obbligata tra più riti possibili, con “passerelle” senza ritorno che incanalano in modo non troppo flessibile lo scambio da un binario all’altro, come negli artt. 183-*bis* e 702-*ter* c.p.c. (o che conosce l’alternativa secca tra udienza “figurata” o “da remoto”, da un lato, e udienza in presenza, dall’altro, senza che la triplice alternativa venga offerta in contemporanea). Avevo così immaginato la possibilità di rendere flessibile un unico “rito base”, o “complicato” da “semplificare” a seconda dei casi, o “semplificato” da “complicare”, fermo quel tanto di predeterminazione di forme e termini che consente di considerarlo un giusto processo regolato dalla legge: possibilità, questa, che rientra a pieno titolo nella nostra tradizione culturale, di una struttura “*per dir così, accorciata o allungata, ristretta o allargata, secondo le esigenze della lite*”.²⁵

Oggi, proseguendo in questo ipotetico dialogo col legislatore, può essere utile ripercorrere i diversi momenti di “incontro” tra il giudice e le parti previsti nei vari tipi di procedimento, per vedere come utilizzare al meglio, anche a regime, le opzioni in termini di udienza che nella legislazione dell’emergenza sono state individuate soprattutto per evitare il rinvio delle cause a data da destinarsi. Anche in questo caso si finirà per discutere dello spazio che è opportuno riconoscere al giudice, e del ruolo delle parti, e della necessità di evitare spazi incontrollabili di discrezionalità.

3. Flessibilità del procedimento e processo giusto: un’endiadi e non un ossimoro.

Sebbene si riconosca che la quadratura del cerchio, per un processo efficiente ed insieme effettivo, potrebbe stare nell’adattamento del processo alla maggiore o minore complessità della controversia,²⁶ la dottrina e gli operatori sono abituati a

²⁵ Nei termini esposti da F. Carnelutti, *Lineamenti, cit., loc. cit.*, dove si parla appunto di un unico tipo di processo, in cui “*la struttura può essere, per dir così, accorciata o allungata, ristretta o allargata, secondo le esigenze della lite*”. Gli snodi di questo sistema elastico “*sono costituiti dall’accordo delle parti e dall’ordine del giudice*”: “*dove la volontà delle parti coincide, poiché esse sono spinte da interessi in contrasto, ivi è il mezzo migliore per tutelare, non già le ragioni di ciascuna, ma quelle della giustizia*”. Quanto all’ordine del giudice, quando le parti non siano d’accordo, “*il giudice provvede secondo le norme di legge o, in difetto di queste, nel modo che più gli sembra giovare alla economia e alla sicurezza del processo*”.

²⁶ La complessità è concetto che ricorre in più occasioni nella legge (ad esempio negli artt. 183-*bis* c.p.c., 429 c.p.c., 81-*bis* disp. att. c.p.c., 2 L. 24 marzo 2001, n. 89, 4, comma 1, DM 10 marzo 2014, n. 55), ma da questa non viene definita (e già in questo, come in tutte le ipotesi in cui si fa riferimento a clausole elastiche, vi è un insopprimibile margine di discrezionalità). La complessità non ha una connotazione giuridica *a priori*: può discendere da una varietà di circostanze, quali il numero di rapporti processuali che si costituiscono davanti al giudice (pluralità di domande, di parti, di procedimenti), le caratteristiche della materia controversa (complessità dei fatti, delle questioni, degli accertamenti istruttori necessari), le particolari

nutrire scarsa fiducia in un'articolazione del processo rimessa alla discrezionalità del giudice.²⁷

Eppure nella Relazione del 1940 al codice - scritta, com'è ormai definitivamente chiarito, da Calamandrei²⁸ - si rilevava che *“il codice è ispirato al principio della adattabilità (o, come anche autorevolmente fu detto, della elasticità) del procedimento”* e che *“la legge, invece di costruirlo tutto d'un pezzo, lo ha costruito come un congegno composto di pezzi smontabili e tra loro variamente combinabili, che sta alla sensibilità delle parti e alla saggezza del giudice rimontare caso per caso”*.

Il che sembrerebbe consentire, già a legislazione invariata, un rito adatto alla complessità potenziale della causa, ma semplificabile quando la complessità non ricorra.

Il tema, dicevo, si intreccia inevitabilmente con quello di cui qui stiamo trattando, sia perché la conservazione o meno delle nuove disposizioni presuppone la previa individuazione della funzione delle singole udienze in un contesto di proporzionalità delle risorse, sia perché al fondo della discussione sulla possibilità di mantenere il sistema delle udienze “figurata” e “da remoto” vi è anche, oltre alla questione più generale di quali debbano essere gli spazi del contraddittorio orale e, correlativamente, della necessità dell'udienza pubblica (nel senso non di “non camerale”, ma di “partecipata”), una certa dose di sfiducia nel dialogo giudice-parti (più o meno giustificata, non importa stabilirlo), che fatalmente condiziona l'approccio dell'interprete.

Il rito civile è articolato per fasi, e su questa articolazione, allo stato, il giudice non può intervenire. Ma come articolare i momenti all'interno delle fasi, se in una o più memorie a seconda della complessità della lite, è cosa che potrebbe essere maggiormente rimessa al giudice, già soltanto leggendo la previsione dell'art. 183 c.p.c. (*“se richiesto”*) almeno come un invito a discutere con le parti della necessità o meno di tutte e tre le memorie, e non come un obbligo, in nessun modo ragionato, a prevederle e a prevederle tutte (che è cosa diversa dal riconoscere una

esigenze della trattazione. Nel già citato progetto Proto Pisani, all'art. 2.22, si prevede che la semplicità e la complessità della controversia sia determinata dal giudice in base alla entità e qualità dei fatti controversi, o comunque da provare, e alle esigenze di trattazione.

Sulla nozione di complessità v. A. Dondi, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in *Elementi per una definizione di complessità processuale*, a cura di A. Dondi, Milano, 2011, 3 ss.

²⁷ G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, rist., Napoli, 1965, 664: *“Un grave problema di legislazione processuale è se le forme debbano essere determinate dalla legge o se debba esser lasciato all'arbitrio del giudice di regolarle volta per volta secondo le esigenze del caso concreto. Nella più parte delle leggi prevale il primo sistema, come quello che presenta maggiori garanzie ai litiganti. Certamente l'estensione dei poteri del giudice, anche nel campo delle forme, è un mezzo potente di semplificazione processuale e di ciò dà esempio il Regolamento austriaco: ma essa non è possibile se non in proporzione della fiducia che in un dato momento l'ordine giudiziario ispira ai cittadini”*.

discrezionalità del giudice – che pressoché tutti negano²⁹ - nel concedere un'appendice scritta).³⁰

²⁸ F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009.

²⁹ Minoritaria è l'opinione che il giudice abbia un potere discrezionale di valutare l'esigenza delle parti, sostenuta da A. Carratta, *La «nuova» fase preparatoria del processo di cognizione: corsi e ricorsi di una storia «infinita»*, in *Giur. it.*, 2005, 2235, e da C. Vellani, *Le preclusioni nella fase istruttoria del processo ordinario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 153 ss.

Questione collegata è quella della possibilità di non consentire l'appendice di trattazione scritta richiesta dalle parti in caso di ritenuta maturità della decisione: chi la nega (così G. Balena-M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 87 ss.) osserva che l'art. 183, 7° comma, nel fare espressamente salva l'applicazione dell'art. 187, sembra contrapporre tale eventualità alla sola decisione sulle richieste istruttorie avanzate dalle parti e non anche alla concessione dei termini menzionati nel sesto comma, che dovrebbe precedere la decisione sulla maturità della lite; per la tesi affermativa, v. invece Cass. civ., sez. III, 11 marzo 2016, n. 4767, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Procedimento civile*, n. 292, la quale ha concluso nel senso che *“sono tuttora vigenti l'art. 187 c.p.c., 1° comma, e l'art. 80 bis disp. att. c.p.c.: non può quindi dubitarsi che l'istruttore, nonostante la richiesta di assegnazione dei termini di cui all'art. 183 c.p.c., 6° comma, possa tuttora invitare le parti a precisare le conclusioni e assegnare la causa in decisione anche alla prima udienza di comparizione, laddove la ritenga matura per la decisione per la sussistenza di questioni pregiudiziali di rito ovvero di questioni preliminari di merito, ovvero ancora laddove i termini della controversia, sulla base delle allegazioni delle parti e dei documenti già prodotti, ne consentano la immediata decisione senza ulteriori appendici assertive e istruttorie; d'altra parte, il favore del vigente sistema processuale per una decisione immediata del merito della controversia, laddove possibile, e senza inutili appendici assertive e istruttorie, è confermato dal disposto dell'art. 189 c.p.c.”*.

³⁰ Visto come è interpretato, nella tensione tra il diritto di difesa delle parti e il principio della ragionevole durata del processo, il sistema che il codice ha immaginato nell'art. 183 c.p.c. finisce peraltro per partorire un risultato in ogni caso incongruo: a fronte di una dottrina concorde nel sottolineare la necessità di intendere in termini di obbligo la previsione da parte del giudice dei termini dell'appendice scritta che almeno una delle parti chieda, la giurisprudenza, probabilmente poco convinta di dover escludere il ricorrere di un potere discrezionale, contrae gli spazi di controllabilità della condotta del giudice richiedendo che la parte dimostri in cosa sarebbe consistita la lesione del diritto di difesa derivante dalla mancata concessione dei termini (in argomento v. da ultimo R. Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020). A dimostrazione del fatto che neppure la predeterminazione di forme e termini da parte della legge è sempre garanzia sufficiente di controllabilità dell'esercizio dei poteri giudiziari.

Una maggiore flessibilità e una diversa fiducia nel dialogo giudice-parti dovrebbero indurre a consentire sia l'esclusione dell'appendice scritta (o la sua contrazione a una discussione sulle questioni effettivamente rilevanti) quando la causa possa essere decisa già sulla base delle eccezioni del convenuto e la rimessione in decisione sia possibile rispettando integralmente il diritto di difesa delle parti, sia – sebbene allora in una prospettiva *de iure condendo*, seppure ridotta all'essenziale – una fissazione dei termini ad opera del giudice (qualcosa del genere si legge nell'art. 83-bis disp. att. c.p.c.), partendo da un termine minimo fissato dalla legge per consentire la controllabilità dell'esercizio del potere e discutendo con le parti sull'estensione. In ogni caso, il diritto di difesa e il principio del contraddittorio impediscono che le preclusioni operino rispetto agli atti che per loro natura sono in

A differenza del rito del lavoro, un certo numero di memorie nel rito ordinario è ineliminabile, visto l'articolato ventaglio di controversie che possono essere calate in quel contenitore. Del resto, anche nel disegno di legge oggi all'esame del Senato il numero di memorie non cambia, e quel che cambia è solo la distribuzione di esse rispetto alla prima udienza.

Qualunque numero di memorie può essere troppo elevato, o troppo esiguo, a seconda della complessità della materia del contendere,³¹ ma, per un malinteso senso della inderogabilità della norma processuale, non si consente di decidere il numero di memorie dell'art. 183, sesto comma, c.p.c. neppure nei pochi casi in cui sono le stesse parti (e non solo il giudice) a non ritenerle necessarie tutte e sollecitano di saltarne almeno una, per abbreviare i tempi (come può accadere, del resto, per restare al nostro tema, se l'udienza dell'art. 183 è stata preceduta dallo scambio di note scritte in cui l'attività dell'art. 183, sesto comma, n. 1, è già stata espletata). Dopodiché, di fronte a una udienza di ammissione delle prove - necessaria solo per chi ritiene, come chi scrive, che delle richieste istruttorie sia opportuno far discutere le parti oralmente in udienza - o, in ogni caso, di assunzione delle stesse fissata a notevole distanza dalla scadenza del terzo termine, si dubita della possibilità di modificare la decorrenza dei termini per le triplici memorie, facendoli decorrere a ritroso dall'udienza successiva, che è quella nella quale si dovrebbe discutere del contenuto delle memorie o assumere le prove ammesse fuori udienza.

Si perde così, per una ragione o per l'altra, il senso della concentrazione delle attività: non è tanto la concessione dei termini in sé a ritardare il processo (dato che le memorie impegnano "solo" ottanta giorni e lo stesso tempo è previsto anche nel già ricordato disegno di legge all'esame del Senato), quanto il fatto che il giudizio si sfilaccia in una serie di atti e di udienze poco utili alla comprensione effettiva dei termini della lite e a tenerne vivo il ricordo.

Questo tipo di gestione del procedimento presuppone in ogni caso un confronto attivo tra le parti e il giudice. Quel medesimo confronto che è richiesto se si reputa che in qualunque momento il giudice deve poter indicare alle parti le questioni sulle quali vuole che la discussione si concentri, senza la rigidità dell'attuale art. 117 disp. att. c.p.c., escludendo la necessità di una illustrazione delle altre, a patto che - se si tratta di questioni rilevate d'ufficio - si rispetti il principio dell'art. 101 c.p.c.

rapporto di consequenzialità e dipendenza dalla difesa avversaria o dall'esercizio del potere officioso.

³¹ Nello stesso senso, B. Cavallone, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1040.

La precisazione delle conclusioni, invece, non richiede necessariamente l'udienza (del resto, il codice di rito non la prevede³²) che viene fissata essenzialmente per ragioni di miglior organizzazione dei flussi di lavoro. Le conclusioni potrebbero essere precisate anche col deposito di un foglio di precisazione delle conclusioni subito dopo la chiusura della fase istruttoria. Il processo telematico, che oggi consente il deposito del foglio alcuni giorni prima dell'udienza all'uopo stabilita (deposito che di norma i protocolli dei vari tribunali richiedono di effettuare, con termini diversi a seconda delle sedi), potrebbe essere utilizzato proprio per evitare l'udienza, rimettendo alla conclusionale ogni eventuale discussione sull'introduzione surrettizia di domande o eccezioni nuove inammissibili.

Del resto, nel processo del lavoro la precisazione delle conclusioni non è neppure prevista, nonostante possano intervenire modifiche delle domande, eccezioni e conclusioni già formulate, ai sensi dell'art. 420 c.p.c.³³

³² L'art. 189 prevede infatti che il giudice inviti le parti a precisare le conclusioni nel momento della rimessione della causa in decisione, ma non dispone che venga fissata all'uopo un'apposita udienza (v. Cass. civ., sez. II, 16 giugno 1992, n. 7367, in *Foro it.*, Rep., 1992, voce *Procedimento civile*, n. 141) anche se "*l'udienza di precisazione delle conclusioni*" è menzionata, per esempio, all'art. 5, comma 2, D.lgs. n. 28/2010): anzi, osserva A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 119, che "*stante l'abrogazione dell'art. 110 disp. att. disposta dall'art. 89 l. 353/1990, esaurita l'istruzione*" non solo "*il giudice non dovrà fissare alcuna nuova specifica udienza per la precisazione delle conclusioni*", ma queste dovrebbero "*seguire senza alcuna soluzione di continuità alla chiusura dell'assunzione delle prove*".

Al che si replica, tradizionalmente, che la fissazione dell'udienza serve al giudice per organizzare in modo più razionale il calendario delle cause trattenute in decisione e consentire il rispetto dei tempi previsti per la pronuncia della decisione.

Sicché da sempre si è invocata la possibilità di sostituire quest'ultima con il deposito di un foglio di precisazione delle conclusioni (e fermo il fatto che l'assenza della parte all'udienza eventualmente fissata per la precisazione delle conclusioni non implica alcuna volontà di rinuncia alle domande e alle eccezioni in precedenza proposte, dovendosi presumere che la parte stessa abbia inteso tenere ferme, senza variarle, le conclusioni formulate in precedenza formulate negli atti tipici a ciò destinati e, quindi, nell'atto introduttivo del giudizio o nella comparsa di risposta, come anche nell'udienza o nei termini ex articolo 183 c.p.c.: *ex multis*, Cass. sez. III civile, 4 marzo 2014, n. 5018 in *Diritto & Giustizia*, 2014).

³³ Nel rito del lavoro – ricorda la Cassazione (*ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 12 giugno 2007, n. 13708, in *Giust. civ.*, 2008, I, 3048 ss.) - non essendo prevista un'udienza di precisazione delle conclusioni ed essendo vietate le udienze di mero rinvio ogni udienza, a cominciare dalla prima, è destinata, oltre che all'ammissione ed assunzione di eventuali prove, alla discussione orale e, quindi, alla pronuncia della sentenza ed alla lettura del dispositivo - sulle conclusioni di cui al ricorso, per quanto riguarda l'attore, e su quelle di cui alla memoria difensiva, per quanto concerne il convenuto, salvo modifiche autorizzate dal giudice per gravi motivi, con la conseguenza che il giudice del lavoro non è tenuto ad invitare le parti alla precisazione delle conclusioni, prima della pronuncia della sentenza, al termine dell'udienza, nella quale le stesse parti hanno facoltà di procedere alla discussione orale, rimessa,

Prendiamo poi l'art. 281-*sexies*: oggi la norma consente al giudice di ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza di precisazione delle conclusioni, oppure, su istanza di parte, in un'udienza successiva e pronunciare sentenza al termine della discussione. E' un modulo decisorio previsto per le cause più semplici, che reggono un maggior grado di oralità (anche se, per vero, la discussione orale con la sentenza contestuale spesso è inutile, dato che la pronuncia è quasi sempre già pronta), al quale il legislatore ha contrapposto altri due modelli, quello ordinario, dell'art. 281-*quinquies*, 1° comma, che prevede un contraddittorio conclusionale scritto, e quello intermedio, per le cause di media difficoltà (o quelle per le quali appaia comunque utile una discussione orale davanti al giudice, piuttosto che scritta), contemplato nell'art. 281-*quinquies*, 2° comma, in cui la discussione orale sostituisce la memoria di replica scritta.

In questo caso la scelta tra i possibili percorsi è rimessa al giudice, con la possibilità, per le parti, quando venga scelto il modello della sentenza contestuale, di richiedere che la discussione orale avvenga in una udienza successiva a quella di precisazione delle conclusioni, per potersi meglio preparare.

Nessuno dubita che il diritto di difesa così sia sufficientemente garantito, anche se è rimessa al giudice la scelta: e niente impedirebbe neppure una semplificazione senza tre varianti, con un'alternativa tra discussione orale o contraddittorio scritto, a seconda dei casi, rimessa alla sensibilità del giudice e anticipata alle parti nell'udienza immediatamente precedente a quella conclusiva (quella di p.c. non vi sarebbe più), per consentire ad esse di arrivare preparate alla discussione. L'art. 281-*quinquies* prevede che la discussione orale sostituisca la trattazione scritta su richiesta della parte, ma l'art. 281-*sexies*, che rimette invece al giudice l'opzione per la decisione a seguito di discussione orale, dimostra che quando il giudice è investito di seri poteri direttivi e realmente li esercita, e quando è coinvolto insieme alle parti in un comune contraddittorio che mira a sfrondare l'inutile e ad identificare, in fatto e in diritto, il vero "nocciolo" della contesa,³⁴ è possibile fare del processo un abito su misura per la controversia, senza timori per le garanzie delle parti.

Del resto, di nuovo guardando al rito del lavoro, nessuno ha mai criticato sotto il profilo dell'eccessiva discrezionalità rimessa al giudice la previsione dell'art. 420, sesto comma, c.p.c. per la quale la discussione orale non è normalmente preceduta da difese scritte, e tuttavia il giudice può concedere "*alle parti, ove ricorrano giusti motivi, un termine perentorio non superiore a cinque giorni prima dell'udienza di rinvio per il deposito in cancelleria di note difensive*", o quella dell'art. 429, secondo comma, c.p.c. per la quale, di nuovo, il giudice può concedere un termine per le note

integralmente, alla loro discrezionalità, senza che ne risulti alcuna violazione del diritto di difesa

³⁴ Sono le parole di G. Borrè nella risoluzione del CSM sul Disegno di legge Vassalli del 1988 da cui sarebbe originata la l. 353/1990, in *Foro it.*, 1988, V, 249 ss.

difensive rinviando all'udienza immediatamente successiva alla scadenza del termine suddetto per la discussione e la pronuncia della sentenza.

4. L'innesto, in questo quadro, delle nuove tipologie di "udienza".

Se si condivide questo modo di ragionare, e si accede all'idea di una maggior fiducia in un, seppur limitato, ruolo direttivo del giudice, veniamo allora all'eventuale innesto delle due nuove tipologie di udienza nel sistema del codice di rito di cui abbiamo provato a percorrere i vari snodi.

Ovviamente l'innesto dipende anche dal tipo di organo giudiziario al quale si guarda, perché un conto è il processo davanti al giudice di pace, dove il processo telematico ancora non funziona, un conto è il rito di primo grado, dove le udienze possono riservare sempre delle sorprese che rendono opportuna la presenza delle parti e meno opportuna la trattazione cartolare (o in cui, come nel rito del lavoro, il tasso di oralità è superiore³⁵), un conto è il processo d'appello, dove gli spazi di trattazione orale sono contenuti, altro conto, infine, è il giudizio di cassazione, dove il processo telematico inizia a muovere adesso i primi passi³⁶ e che comunque affronta questioni di diritto o in ogni caso non di fatto, se non negli stretti limiti in cui ancora è possibile un giudizio sulla motivazione.

Non dimentichiamo che le nuove norme conoscono dei precedenti.

È tale la previsione per cui l'udienza di verifica dello stato passivo nel fallimento può svolgersi in via telematica con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei creditori, in considerazione del numero di questi ultimi e dell'entità del passivo, ed è tale la possibilità di udienze in videoconferenza prevista dal Regolamento (CE) n. 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale.

Sono tali le ipotesi di trattazione cartolare previste per le *small claims* dal Regolamento (CE) n. 861/2007 (che contempla anche la possibilità della videoconferenza³⁷), quella del già ricordato art. 33 D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546,

³⁵ Nei protocolli operativi per assicurare il regolare svolgimento dell'attività giurisdizionale delle sezioni Lavoro si prevede che siano trattate con modalità da remoto la prima udienza di discussione (esonorando le parti dalla partecipazione personale e verificando in tale sede l'eventuale necessità od opportunità di un'apposita udienza per la comparizione personale delle parti, al fine di esperire il tentativo di conciliazione o di procedere ad interrogatorio formale o libero), nonché le successive udienze di trattazione, assegnandosi invece termini per il deposito di note scritte in luogo dell'udienza per la decisione della causa: così, ad esempio, il Protocollo del Tribunale di Firenze.

³⁶ Con riferimento al giudizio di cassazione, v. la relazione del Massimario, 2 novembre 2020, a cura di G. Fichera.

³⁷ Regolamento che all'art. 5 (Svolgimento del procedimento) dispone che "il procedimento europeo per le controversie di modesta entità si svolge in forma scritta" (comma 1) e che "l'organo giurisdizionale procede a un'udienza esclusivamente se ritiene che non sia

in tema di processo tributario, e quella, notissima, dell'art. 380-bis c.p.c. e 380-bis 1, che prevedono in Cassazione l'adunanza camerale non partecipata e la sostituzione dell'udienza con una attività difensiva consistente nella redazione di memorie scritte. E mentre con riferimento alle prime non vi è grosso dibattito in dottrina, perché la scelta viene giustificata con la natura bagatellare delle controversie, e nel caso del processo tributario la previsione del rito camerale non partecipato è stata salvata dalla Corte costituzionale³⁸ per il fatto che i due riti, in pubblica udienza e in camera di consiglio, coesistono in rapporto di alternatività grazie alla previsione dell'istanza della parte, è nota la discussione che ha accompagnato l'introduzione delle nuove regole per il giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, rispetto alle quali si è lamentata la violazione dell'art. 6 CEDU che prevede il diritto alla pubblica udienza.

Orbene, è necessario innanzitutto precisare, se ve ne fosse bisogno, che il problema della pubblica udienza è diverso da quello della necessità o meno di assicurare un contraddittorio orale (dal momento che, tranne in Cassazione, dove l'adunanza non è pubblica né partecipata, alla camera di consiglio manca di norma la pubblicità ma non l'oralità) e che nel caso degli artt. 83 e 221 stiamo ragionando piuttosto della sostituzione dell'udienza fisica, pubblica o camerale che sia,³⁹ con una trattazione scritta della causa. La pubblicità è un complemento non necessario della oralità, anche se pubblicità e oralità sono considerate espressione di un medesimo principio di trasparenza.⁴⁰

Per la giurisprudenza l'esclusione della difesa orale non menoma il diritto di difesa, la cui concreta disciplina può essere variamente configurata dalla legge, così come la regola generale della pubblicità può subire eccezioni in riferimento a determinati procedimenti, quando esse abbiano obiettiva e razionale giustificazione.⁴¹

Il principio di pubblicità dell'udienza, secondo la Corte costituzionale, non riveste carattere assoluto e può essere derogato in presenza di «particolari ragioni

possibile emettere la sentenza sulla base delle prove scritte o su richiesta di una delle parti" (comma 1 bis) e all'art. 8 (Udienza) specifica inoltre che "qualora si ritenga necessario tenere un'udienza in conformità dell'art. 5, paragrafo 1 bis, tale udienza è tenuta avvalendosi di appropriate tecnologie di comunicazione a distanza, come la videoconferenza o la teleconferenza, a disposizione dell'organo giurisdizionale, a meno che l'uso di siffatte tecnologie, in considerazione delle particolari circostanze del caso, non risulti inappropriato ai fini dell'equa trattazione del procedimento".

³⁸ Su cui v. Corte cost., 23 aprile 1998, n. 141, in *Foro it.*, 1999, I, 767 ss. e Corte cost., ord. 9 luglio 1998, n. 260, in *Giur. cost.*, 1998, 2046 ss.

³⁹ Com'è noto, nel rito ordinario di cognizione gli artt. 128 c.p.c. e 84 disp. att. c.p.c. individuano quali udienze sono pubbliche e quali non lo sono, ma la non pubblicità dell'udienza non esclude la presenza dei difensori, laddove invece l'udienza camerale si qualifica per l'assenza di spettatori terzi, sia in concreto che in potenza (presenza virtuale).

⁴⁰ V. Denti, voce *Oralità. I) Principio dell'oralità*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 9.

⁴¹ Cass. civ. [ord.], sez. I, Cass. civ., sez. I, 27 maggio 2005, n. 11315, in *Foro it.*, 2006, I, 504 ss.

giustificative», ove «obiettive e razionali».⁴² La derogabilità del principio della pubblicità è stata ribadita in più occasioni dalla Corte di cassazione.⁴³ Con particolare riferimento all'art. 380-bis c.p.c.⁴⁴ la Corte ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale ritenendo che la deroga, anche alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,⁴⁵ *“sia consentita in ragione della conformazione complessiva del procedimento, là dove, a fronte della pubblicità del giudizio assicurata in prima o seconda istanza, una tale esigenza non si manifesti comunque più necessaria per la struttura e funzione dell'ulteriore istanza, il cui rito sia volto, eminentemente, a risolvere questioni di diritto o comunque non «di fatto», tramite una trattazione rapida dell'affare, non rivestente peculiare complessità”*.⁴⁶ Rilevante, ai fini che qui interessano, è il passaggio dove si legge che la garanzia del contraddittorio, necessaria in quanto costituente il nucleo indefettibile del diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dagli art. 24 e 111 Cost., è, comunque, assicurata dalla trattazione scritta della causa, con facoltà delle parti di presentare memorie per illustrare ulteriormente le rispettive ragioni e che *“l'interlocuzione scritta, attraverso la quale viene a configurarsi il contraddittorio nell'ambito del procedimento di cui all'art. 380 bis c.p.c., si mostra come l'esito di un bilanciamento, non irragionevolmente effettuato dal legislatore alla stregua dell'ampia discrezionalità che gli appartiene nella*

⁴² Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80, in *Giur. cost.*, 2011, 1224.

⁴³ Cfr. Cass. civ., sez. II, 5 maggio 2016, n. 9041, in *Vita notarile*, 2016, 887 ss.; Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2015, n. 20282, in *Foro it.*, Rep., 2015, voce *Fallimento*, n. 228; Cass. civ., sez. I, 16 marzo 2012, n. 4268, *ivi*, Rep., 2012, voce *Cassazione civile*, n. 169 e Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2008, n. 19947, *ivi*, Rep., 2008, voce *Diritti politici e civili*, n. 141.

⁴⁴ Cass. civ., sez. VI, 10 gennaio 2017, n. 395, in *Foro it.*, 2017, I, 538.

La disciplina dell'art. 380 bis c.p.c., declinata sul modello di quella già dettata per il giudizio penale di cassazione dall'art. 611 c.p.p., è considerata conforme alla Carta costituzionale *“quale giudizio che, oltre a non postulare in sé profili di autonomo accertamento dei fatti, ha assunto, in ambito civile, a seguito della novella legislativa del 2012 recante la modifica del n. 5 del 1° comma dell'art. 360 c.p.c., una ancor più spiccata accentuazione del sindacato sugli errores in iudicando rispetto a quello sul vizio di «motivazione», resecato nei confini indicati dall'esegesi compiuta da Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, id., 2015, I, 209, di ricorsi che si presentino, all'evidenza («a un sommario esame»: art. 376 c.p.c.), inammissibili, manifestamente infondati o manifestamente fondati (art. 375 c.p.c.), ossia di impugnazioni per le quali, lungi dal porsi questioni giuridiche di rilevanza nomofilattica (cui soltanto è riservata la pubblica udienza e la decisione con sentenza dall'art. 375 c.p.c.), risulta consentanea, nei termini e per le ragioni innanzi evidenziati, la decisione resa con ordinanza (ex art. 375 c.p.c., quale provvedimento per definizione succintamente motivato: art. 134 c.p.c.) all'esito di adunanza camerale non partecipata”*.

⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 giugno 2016, ricorsi n. 9023/13 e 78077/13, *Tato Marinho c. Portogallo*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Giornale di dir. amm.*, 2014, 1053; Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 aprile 2012, ricorso n. 32075/09, *Lorenzetti c. Italia*.

⁴⁶ Peraltro ormai quasi tutto il processo civile si svolge senza udienze pubbliche (salvo se del caso la discussione in Cassazione).

conformazione degli istituti processuali, tra le esigenze del diritto di difesa e quelle, del pari costituzionalmente rilevanti, in precedenza evidenziate, di speditezza e concentrazione, in funzione della ragionevole durata del processo e della tutela effettiva da assicurare, anche in tale prospettiva, alle parti interessate dal contenzioso". In questo modo, dunque, il tema della pubblicità dell'udienza e quello dell'oralità della trattazione della causa tornano ad intrecciarsi, perché la deroga alla prima è giustificata con la trattazione cartolare che assicura il contraddittorio: il che rende pienamente compatibile con le garanzie costituzionali una previsione come quella dell'udienza "figurata", in cui il legislatore dell'emergenza, oltretutto, ha assicurato la possibilità alla parte di richiedere la trattazione orale.

Ho già detto, però, che la mia personale preferenza va all'udienza "da remoto" anche quando l'udienza non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori. Questo non perché non reputi che ci siano situazioni nelle quali lo scambio di note sia più che sufficiente,⁴⁷ ma perché credo che il discrimine tra l'una e l'altra opzione non debba essere tanto (o soltanto) la necessità della presenza o meno delle parti - limitata, nel rito civile, alle ipotesi dell'art. 185 c.p.c. e viceversa imposta dall'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nel rito del lavoro -, ma che vi siano una serie di ulteriori elementi da tenere in considerazione.

Innanzitutto, nei procedimenti diversi dal rito ordinario la trattazione cartolare, quando venga disposta con termini sfalsati come spesso avviene, non consente quell'effettività del contraddittorio che richiede la conoscenza delle difese dell'avversario⁴⁸ e che nel processo di cognizione è assicurata dalle modalità con cui, con termini in parallelo, si arriva alla decisione della causa con le comparse o le note scritte contemplate negli artt. 190, 281 quinquies e 429, secondo comma, c.p.c. Inoltre, si tratta di procedimenti in cui, come del resto nel rito del lavoro, i principi di oralità, concentrazione e immediatezza suggeriscono di preferire in ogni caso l'udienza "da remoto" rispetto ad una trattazione solo cartolare che non è impossibile ma certamente snatura gli unici giudizi nei quali le cause vengono ancora effettivamente discusse anche quando le questioni giuridiche da affrontare sono particolarmente complesse.

Ma anche nel rito ordinario l'udienza "da remoto" si lascia preferire, e non solo quando il numero di parti sia elevato (nel qual caso il numero di note scritte rischia di rendere il processo scarsamente gestibile, sia perché ci riporta al modello

⁴⁷ Con riferimento al rito ordinario, F. Caroleo e R. Ionta, *L'udienza civile ai tempi del coronavirus. Comparizione figurata e trattazione scritta (art. 2, comma 2, lettera h, decreto legge 8 marzo 2020, n. 11)*, in *Giustizia Insieme*, 12 marzo 2020, 10 ss., ritengono suscettibili di trattazione in forma cartolare la prima udienza (con assegnazione di termini sfalsati se il convenuto si è costituito tempestivamente), l'udienza di ammissione dei mezzi di prova e l'udienza di precisazione delle conclusioni. Per le ipotesi in cui l'udienza "figurata" dev'essere esclusa, v. A. Panzarola-M. Farina, *op cit.*, §§ 10 e 11.

⁴⁸ M. Fabiani, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dopo la pandemia*, in A. Didone-F. De Santis, *Il processo civile solidale (dopo la pandemia)*, Milano, 2020, 386 ss., spec. 402.

del rito societario per chi quelle note deve leggere, sia se si pensa al fatto che già in un processo a sole due parti il numero di buste generato dal sistema del processo telematico è pari a sei, sicchè con un processo a più parti l'aggravio per le cancellerie rischia di rendere il tutto inefficiente), o quando nel procedimento si innestano momenti in cui, pur non essendo richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, sono richiesti provvedimenti di natura *lato sensu* cautelare che si prestano alla discussione (ad esempio, una decisione sulla provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo), o, ancora, nei casi in cui il legislatore ha previsto che vi sia la discussione orale (che oggi, nel codice di rito, può essere sostitutiva delle difese scritte, come nell'art. 281-sexies, ma non il contrario).

La trattazione cartolare, infatti, anche quando il processo veda solo due parti, rischia di appesantire un processo che vede già troppi atti scritti: per quanto il giudice indichi che il contenuto delle note scritte sia limitato alla formulazione delle istanze e conclusioni, è frequente la tentazione dei difensori di corredare quelle istanze con l'illustrazione delle tesi difensive quando non di reiterare gli argomenti utilizzati fino a quel momento, e ciò anche quando l'attore, in prima udienza, non debba proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale del convenuto, o non chieda di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, nel qual caso la nota scritta della trattazione cartolare avrà inevitabilmente il contenuto di una ulteriore memoria difensiva. Non solo, ma la varietà delle questioni che possono sorgere ad ogni udienza, anche quella più "banale", richiederebbe, se il ruolo non fosse sovraccarico e tutti gli attori del processo fossero ugualmente preparati, una discussione contestuale e non una trattazione cartolare.

Questo ci riporta al tema – che è tema di sempre – del tasso di oralità che deve avere un processo al di là del problema se l'oralità sia un principio del giusto processo, perché se da un lato è vero che "*i magistrati che veramente intendono le esigenze moderne della loro funzione*" sono quelli che "*prendono parte attiva al dibattito*" per proporre al difensore "*quesiti e obiezioni e per richiamarlo alle questioni essenziali della causa*",⁴⁹ il che presuppone udienze che si svolgano, tutte, alla presenza dei difensori delle parti (anche l'udienza prevista dall'art. 183 c.p.c., che può sempre contemplare sorprese, e non soltanto per quanto dicevamo in ordine all'adattamento del rito alle caratteristiche della causa), dall'altro lato non è men vero che sull'altare dell'oralità si rischia di sacrificare "*un più approfondito studio delle carte e in genere una più meditata analisi di tutti i materiali di causa*".⁵⁰ Il che vale tanto per il giudice, che necessita di una adeguata riflessione (come dimostra la critica che si muove alla decisione contestuale, in cui il rischio, come si è detto, è che il giudice, per poter pronunciare al termine della discussione, vi arrivi con la pronuncia "in tasca" e non ascolti i difensori), quanto per i difensori, non sempre adusi alla discussione orale e più spesso abituati a riportarsi agli atti.

⁴⁹ P. Calamandrei, *Indipendenza e senso di responsabilità del giudice*, in *Processo e democrazia*, Padova, 1854, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 662.

⁵⁰ E. Redenti, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, IV, 1934, 177 ss., ora in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, 732 ss.

Anche perché è sempre attuale il rilievo per cui *“la capacità di improntare deduzioni, argomentazioni e richieste, di replicare e controreplicare estemporaneamente non appartiene a tutti, come non è di tutti la facilità di eloquio, si che s’andrebbe incontro a frequenti errori, sviste e omissioni dei difensori, quasi sempre irreparabili dal giudice (posto pure ch’egli abbia modo d’avvedersene e comunque fonti d’aggravio del suo lavoro), a scapito della sua cognizione, che ne risulterebbe scorretta, incompleta e lacunosa. Mentre lontani dalle distrazioni dell’udienza, non premuti dall’urgenza dell’azione, dall’imminenza della dichiarazioni, delle risposte, delle istanze, oggi che l’applicazione del diritto, specie nel campo civilistico, è un’arte raffinata o se si vuole è tutta tecnica irta di difficoltà, i legali avrebbero la serenità e il tempo necessari per meditare nella pace dei propri studi le loro difese, scrutinando i fatti, studiando le questioni, esaminando i testi, eseguendo ricerche nella dottrina e nella giurisprudenza e così via. Onde il loro lavoro renderebbe di più”*.⁵¹

Non entriamo poi nel merito delle udienze di prova, su cui sono sempre attuali le riflessioni di Bruno Cavallone⁵² laddove si interroga sui benefici di quella che chiama l’*“elioterapia processuale”* ripresa dalle parole di Chiovenda (*“la libertà del convincimento ... vuole l’aria e la luce dell’udienza. Nei labirinti del processo scritto essa si corrompe e muore”*) e le considerazioni sulla possibilità o meno che il principio del libero convincimento sopravviva intatto e identico a se stesso *“sia che il giudice percepisca in udienza il «tuono della voce» dei testimoni, sia che ne legga le deposizioni, magari tradotte nel linguaggio surreale dei nostri verbali”*.

Se l’esigenza, nell’istruttoria, di valorizzare o meno elementi metatestuali come il tono della voce, l’espressione, la mimica dei dichiaranti, sia soltanto un luogo comune della letteratura processualistica di ogni tempo, o sia un bisogno effettivo, o, ancora, se il vero carattere differenziale sul piano della funzione della prova tra un processo orale e un processo scritto sia soprattutto quantitativo (dovendo essere, il materiale istruttorio utilizzato dal giudice dell’oralità, di regola molto ridotto, mentre nel processo scritto il fascicolo si irrobustisce e stagiona senza fretta), e, infine, se il rischio dell’udienza testimoniale da remoto è che il testimone legga senza che il giudice possa accorgersene,⁵³ è tema che non può essere affrontato in questa sede. Certamente, quella dell’istruttoria è la fase nella quale maggiormente, a ragione o a torto, si è avvertita la necessità della presenza fisica, come dimostra il fatto che le nuove norme consentono al più lo svolgimento dei lavori peritali da remoto (così l’art. 83, settimo comma, lett. h-bis) ma non l’espletamento delle testimonianze, e lasciano semmai spazio alla norma, inutile se

⁵¹ . Mortara, *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, 136 ss. Sugli inconvenienti del processo orale, v. C. Vocino, *op. cit.*, 602-604..

⁵² B. Cavallone, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant’anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss.

⁵³ G. Costantino, *op. cit.*, 11.

non nel caso della conferma dei documenti di spesa già depositati dalle parti, dell'art. 257-bis in tema di testimonianza scritta. E il discorso potrebbe continuare.

5. Conclusioni.

Nel rito civile la scrittura entra necessariamente in qualsiasi processo sia pure connotato da un alto tasso di oralità (quale non è certamente, a dispetto della previsione dell'art. 180 c.p.c. che stabilisce che la trattazione della causa è orale, il rito ordinario a cognizione piena). Sia per svolgervi il compito fondamentale di documentare i fatti avvenuti, sia perché, ferma l'efficacia del discorso parlato, la complessità delle questioni che sorgono nel processo richiede che all'illustrazione orale delle difese si accompagni una trattazione scritta. Quando si discute di oralità, oggi, lo si deve fare tenendo in conto di rilievi come questi, che riprendono considerazioni sempre attuali.

In questa logica, la combinazione rappresentata dalle udienze cartolari, "da remoto" e in presenza, che ci viene consegnata dalla normativa emergenziale con una maggiore attenzione, adesso, alla volontà delle parti, può consentire - se quella combinazione viene gestita dagli attori del processo attraverso una leale collaborazione delle parti e nel riconoscimento del potere del giudice di direzione del procedimento (art. 175 c.p.c.)⁵⁴ - un utile risparmio di tempo e di energie senza rinunce ad un processo (giusto) che continui ad avere il suo perno nell'udienza, intesa come momento in cui, salvo ipotesi residuali in cui l'udienza può essere sostituita dalla trattazione cartolare, le parti agiscano *coram* e *in praesenti* sfruttando però, per farlo, le moderne tecnologie quante volte non sia assolutamente indispensabile un rapporto visivo e auditivo più stretto di quello che si può realizzare con la mediazione dello schermo di un computer. Se una tecnologia più progredita di quella che abbiamo visto all'opera in questa prima fase consentirà davvero quell'"accostamento personale", quella "relazione quasi fisica tra il giudice, le parti e i difensori" che dà sostanza al principio dell'oralità, non mi sembra sia da preferire un sistema, come quello attuale (prima dell'emergenza), che ha spesso finito per imporre, di fatto, la presenza fisica del solo domiciliatario in luogo della presenza da remoto del difensore della parte.

È evidente che quanto più progredirà l'innovazione tecnologica tanto meno si sentirà la necessità della presenza fisica affinché tutti i protagonisti dell'udienza abbiano una possibilità di più agile interlocuzione di quella veicolata dalla

⁵⁴ Nel senso che subordinare l'udienza a distanza al consenso delle parti equivarrebbe a rinunciare ad avvalersi delle opportunità offerte dalla tecnologia, perché il processo civile non è luogo in cui vi è convergenza di interessi di tutti gli attori, e la contrapposizione non si limita al piano sostanziale, ma si ripercuote anche sul processo, M. Orlando, in *Giustizia Insieme*. La considerazione può essere vera, ma nella medesima logica in cui si chiede maggiore fiducia nel giudice da parte dei difensori, così bisogna dare maggiore fiducia ai difensori nell'attuazione del principio di leale collaborazione dell'art. 88 c.p.c.

telematica, o, addirittura, per cogliere quegli aspetti che, con riferimento a particolari attività (l'ascolto del minore, il tentativo di conciliazione, e via dicendo⁵⁵) si ritengono indispensabili per un corretto espletamento dell'attività giurisdizionale. Così come è necessario che sia assicurato il rispetto delle regole di riservatezza e controllo dei dati personali.

Oggi è vero che una udienza da remoto non è la stessa cosa di una udienza in presenza, ma certamente questo, per il processo civile (il processo penale è indiscutibilmente un'altra cosa), dipende molto di più dai limiti attuali del mezzo di quanto non discenda dai limiti imposti dai principi costituzionali del giusto processo, a condizione che, pur con i vantaggi offerti dal poter stare in luoghi diversi, nella udienza si esprima quel rapporto tra parti e giudice che consiste nell'ascoltare e farsi ascoltare⁵⁶ e sia rispettata la sacralità del discutere la causa e del giudicare.

⁵⁵ Rimane aperto il problema dell'audizione del richiedente asilo nei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale. Sul punto, v. A. Di Florio-M. Leone, *Il processo di carta: dal "telematico" all'udienza da remoto*, in *Questione giustizia*, 24 aprile 2020, § 2.

⁵⁶ S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile, I, Disposizioni generali*, Milano, rist. 1966, 488-489.