

Quali lezioni per il futuro?
Cosa trasportare fuori dall'emergenza
dell'esperienza di questi mesi? Trattazione
scritta, trattazione a distanza, semplificazione

Giornata europea della giustizia – Pisa

Claudio Cecchella

1. La disciplina attuale e la sua vigenza.

Le modalità dell'udienza civile e altro

Il codice, art. 180 c.p.c., legge n. 80 del 2005

«La trattazione della causa è orale. Della trattazione della causa si redige processo verbale»

Trattazione scritta

Le udienze civili **che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti** (e quindi, la maggior parte di esse) possono svolgersi **su ordine del giudice** mediante lo scambio e il deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice, **salvo volontà contraria di una delle parti** (**art. 221, comma 4°**, legge 17 luglio 2020, n. 77 - di conversione del c.d. decreto legge “Rilancio”, decreto legge 19 maggio 2020, n. 34).

Trattazione da remoto

Lo svolgimento delle udienze civili **che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti e dagli ausiliari su ordine del giudice, previo consenso delle parti**, possono svolgersi mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, salvo la presenza in aula del giudice (art. 221, comma 7° cit.).

Trattazione orale mista

La **trattazione (orale) da remoto o mista** (art. 221, comma 6°, cit.) si risolve essenzialmente nella possibilità di consentire, ad alcune delle parti e ai loro difensori, la partecipazione all'udienza tramite collegamento da remoto, **a seguito di propria istanza.**

Giuramento del consulente

Il giudice ha il potere di disporre, in luogo dell'udienza fissata per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio ex art. 193 c.p.c., **il deposito del giuramento con atto telematico da parte dell'ausiliario** (art. 221, comma 8°, cit.).

Le modifiche rispetto all'art. 83, della legge 24 aprile 2020, n. 27

Le nuove norme (art 221 legge n. 70 del 2020), uscite dal clima del lockdown, **escludono la obbligatorietà delle soluzioni e la mancanza di interlocuzione con il difensore** e, pur riconoscendo **una discrezionalità al giudice, danno rilievo anche al consenso delle parti**, sia per la **trattazione scritta** (con manifestazione di volontà entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento giudiziale), sia per la **trattazione da remoto**, dovendo anteriormente il giudice raccogliere il consenso e ovviamente anche per la trattazione mista, essendo promossa su istanza della parte.

La conciliazione giudiziale

Art 1 *bis* D.l. n. 28 del 2020:

«Quando il verbale di udienza, contenente gli accordi di cui al comma 1 ovvero un verbale di conciliazione ai sensi degli articoli 185 e 420 del codice di procedura civile, è **redatto con strumenti informatici**, alla sottoscrizione delle parti, del cancelliere e dei difensori tiene luogo **apposita dichiarazione del giudice che tali soggetti, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati**. Il verbale di conciliazione recante tale dichiarazione ha valore di titolo esecutivo e gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza»

La generalizzazione della trasmissione telematica degli atti processuali civili

Le disposizioni sanciscono inoltre **la generalizzazione della trasmissione telematica degli atti**, escludendo il deposito cartaceo degli atti introduttivi, e ciò a valere non solo per il Tribunale e la Corte di appello, anche per la Corte di cassazione, **in vista della introduzione di una riforma per l'Organo Supremo** (protocollo 15 ottobre 2020)

La proroga

Con il d.l. n. 125/2020 viene stabilita la proroga al **31 dicembre 2020** delle disposizioni emergenziali in materia di processo civile e penale

Autentica della procura da remoto

L'art. 83, comma 20 *ter*, della legge 27 del 2020, in deroga all'art. 83 c.p.c., la **procura sottoscritta non in presenza del difensore**, mediante firma della parte da remoto trasmessa in scansione unitamente da documento: *«fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione dal contagio»*.

Quindi la norma sembra essere in vigore sino al termine dell'emergenza sanitaria, attualmente al 31 gennaio 2021.

L'esperienza della mediazione

L'art. 20-bis del d.l. 17 marzo n. 18, come convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 e ancora modificato dal d.l. 30 aprile 2020 n. 28, occupandosi di mediazione, getta un primo sguardo oltre la fase emergenziale. Esso precisa che, anche a regime di normalità, gli incontri di mediazione potranno svolgersi in via telematica, **ma con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento.**

2. Le problematiche applicative della disciplina vigente.

Il provvedimento discrezionale del giudice e la sua comunicazione

Ruolo decisivo è assunto dal provvedimento discrezionale che le dispone e dalla sua comunicazione:

1. **Trattazione scritta.** il provvedimento relativo alla trattazione a distanza incide, sia pure di solito in modo leggero, sulle modalità e sui tempi di difesa delle parti: una semplice istanza orale, che il giudice avrebbe raccolto a verbale, è sostituita da un atto scritto, da preparare con un certo anticipo, **deve essere comunicato trenta giorni prima.**
2. **Trattazione orale da remoto.** Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità del collegamento, in modo da assicurarne la presenza, **senza la previsione legislativa di un termine dilatorio.**

La comunicazione

E' pertanto di grande rilievo la **comunicazione in un lasso di tempo** che consente al difensore di **predisporre la difesa scritta o di partecipare con la parte alla udienza da remoto**.

In difetto sarebbe inevitabile **la rimessione in termini** ex art. 153 c.p.c.

Il problema dello *smart working* del personale di cancelleria e della tempestività delle comunicazioni.

Il dissenso/consenso delle parti

Il dissenso di una delle parti alla trattazione scritta deve essere comunicato entro cinque giorni dalla comunicazione, con istanza motivata, il giudice resta titolare di un **potere discrezionale (che deve essere motivato)** che può anche contrastare la volontà della parte.

Al contrario il consenso delle parti è presupposto dell'ordine di trattazione da remoto o mista.

Il problema della natura del termine

Nella trattazione scritta si pone il problema del termine e del suo mancato rispetto:

- È **un termine perentorio**? Oppure, in considerazione dell'art. 152 c.p.c. in difetto di espressione esplicita deve ritenersi ordinatorio, con possibilità di istanza di proroga? Oppure il mancato rispetto non ha rilievo perché ordinatorio?
- Il suo mancato rispetto di tutte le parti è **indice di inattività** (**non ha più rilievo, come in udienza, la partecipazione di una parte senza istanza alcuna**).

La difesa oltre il termine, ma anteriore alla udienza.

Le conseguenze della tardività delle note non è irrilevante, se ad esempio le note **vengono depositate prima della udienza dell'art. 183, 5° comma c.p.c., ma dopo il termine di 5 giorni dalla stessa**, la difesa di merito – ad esempio per contraddire alle difese del convenuto – non potrà essere presa in esame?

Poiché agli effetti della applicazione dell'art. 181 c.p.c. si intende la mancanza di deposito di note in assoluto, si deve allora ritenere che note tardive ma anteriori alla udienza **impediscono le dacedenze, impediscono l'estinzione e devono perciò ritenersi efficaci**, ponendosi solo la necessità di una concessione di un termine.

Il precedente

Cassazione n. 12245/1998 con riferimento alla trattazione scritta prevista nel vecchio testo del comma secondo dell'art. 180 c.p.c. (prima della legge n. 80 del 2005), aveva chiarito che l'omesso rispetto del termine ordinatorio unico per il deposito di note autorizzate dal giudice, **non comporta né una decadenza della parte né l'invalidità dell'atto compiuto in ritardo**, ma potrebbe soltanto comportare un *vulnus* di quest'ultima, per violazione del principio del contraddittorio.

Deposito/scambio

L'uso del termine «scambio» non impone una formale notifica all'altra parte, **essendo sufficiente il deposito telematico nel termine**. Acquisito l'atto al fascicolo elettronico le parti possono prenderne visione per via telematica.

Il problema del contraddittorio

Un solo termine per la **trattazione scritta**, non consente quella replica che l'udienza orale consente, quindi è necessario che siano concessi **due termini alle parti**, ammettendo anche un termine per replica scritta (soprattutto in relazione agli abusi della trattazione di alcune parti), in udienza tale replica è sempre consentita.

Nella udienza da remoto questo problema non si pone.

Le udienze in cui non compaiono solo i difensori o le parti o i consulenti tecnici

Queste udienze **dovrebbero tenersi per così dire in prossimità**, secondo le regole del codice di rito (artt. 180 e 184 c.p.c.) e con il rispetto delle forme di assunzione della prova testimoniale (salvo l'assunzione di informazioni dalla P.A.)

Ugualmente le udienze in cui non si pone il solo problema del giuramento del consulente, ma una sua eventuale **comparizione a chiarimenti** richiesti dal giudice o dalle parti.

Infine l'udienza dedicata **all'ascolto del minore** (che non è parte formale del processo).

Il problema della frantumazione del processo civile

Si pone poi **il problema di una disciplina uniforme e avente fonte della legge** a fronte della frantumazione delle norme (disciplina federale), secondo i vari tribunale, attraverso le linee guida lasciate ai dirigenti degli uffici, che per buona sorte ha caratterizzato solo la prima fase dell'emergenza.

(art. 83, comma 6°, d.l. n. 18 del 17 marzo 2020).

3. Il futuro del processo civile

Presca d'atto

La **tecnica della proroga è il cavallo di Troia** con cui il legislatore cerca di anestetizzare la sensibilità degli operatori, e siamo già alla **terza proroga** che certo non si arresterà con il 31 dicembre 2020.

La necessità di misurarsi nel merito

Si deve ritenere non ci si debba opporre, in modo aprioristico, alle nuove formule, ma che **si debbano salvaguardare essenziali condizioni, in rispetto ai principi costituzionali del diritto di contraddire e di difendersi.**

Generalizzazione della udienza telematica

L'udienza telematica finisce per essere una razionalizzazione di un modo, spesso imposto dalle necessità pratiche, di gestire le udienze civili: **i difensori delle parti si presentano a verbalizzare le rispettive istanze e il giudice, senza alcun dialogo, decide di riservare la decisione (quale che sia) fuori udienza, l'udienza orale in presenza non serve a nulla.**

Le udienze meccaniche, l'obbligatorietà della trattazione scritta

Vi sono delle udienze tuttavia che hanno questa caratteristica:

- Le udienze in primo grado e in appello destinate **alla precisazione delle conclusioni** o, peggio ancora, alla fissazione di altra udienza per la precisazione delle conclusioni oppure **l'udienza per la discussione finale** nel rito del lavoro e assimilati; le **udienze fallimentari ed esecutive**;
- la **udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c.** in cui vengono solo dispensati i termini per lo scambio delle memorie, con rinvio ad altra udienza.

Queste udienze si possono svolgere in **trattazione scritta**, anche quando il giudice nel dispensare i termini **formuli richiesta di chiarimenti e individuazione delle questioni fondamentali della controversia**, ex art. 183, comma 4°, c.p.c.

Le altre udienze

Diverso il profilo delle altre udienze:

- La **udienza di trattazione** a seguito dello scambio delle memorie istruttorie, per la discussione sulle questioni pregiudiziali, preliminari, prove;
- Le **udienze di assunzione della prova testimoniale** o dell'interrogatorio formale;
- Le **udienze destinate all'interrogatorio libero** oppure al tentativo di conciliazione;
- Le udienze di **discussione finale orale** su istanza di parte o provvedimento del giudice (artt. 281 *quinquies* e *sexies* c.p.c.)
- Le udienze di **comparizioni parti** nei riti in cui sono previste, come i procedimenti a cognizione sommaria o i procedimenti di separazione e divorzio, nella fase presidenziale o nei riti camerale (quando prevista).

In questi casi non si può ingessare il processo nella contrapposizione delle parti, limitando sia il reciproco diritto di replica, sia il ruolo attivo e propositivo del giudice

In queste udienze è sempre possibile l'udienza da remoto

Premesso che in queste udienze la udienza a trattazione scritta non può aversi per la necessità di favorire un contraddittorio diretto nella trattazione delle difese o nella raccolta della prova, si pone il problema **se la udienza si può temere da remoto.**

E' necessario distinguere le udienze **in cui intervengono solo i difensori, le parti e il consulente tecnico**, dalle udienze in cui **interviene un terzo**, non come parte, come un testimone o un minore.

Udienze in cui intervengono solo le parti, i difensori e il consulente

Si tratta delle ipotesi che già possono svolgersi da remoto e che potrebbero essere anche nel futuro, **purché sia garantito nel corso della udienza il pieno contraddittorio delle parti e la parte – uscendo dalla situazione epidemica – possa esprimersi in presenza del proprio difensore.**

Udienza in cui intervengono terzi

Devo **inevitabilmente condursi in presenza**, poiché non è detto che il testimone o il minore sia munito dei mezzi per il collegamento da remoto e perché **l'immediatezza di percezione da parte del giudice non può essere sostituita dal mezzo meccanico**

La tecnologia **impoverisce fatalmente i rapporti umani e mina il libero apprezzamento della prova da parte del giudice**

Facoltatività o obbligatorietà della udienza telematica o da remoto?

Ove il giudice disponga la trattazione mediante udienza telematica o da remoto, **qualunque parte potrà opporsi e ottenere la trattazione in presenza**; per converso, le parti **potranno chiedere consensualmente al giudice di adottare l'una o l'altra modalità** e il giudice sarà libero di accettare o no l'istanza.

Questo indirizzo pare inesorabilmente e per buona sorte assicurato dall'art. 221 della legge n. 77 del 2020.

Il modello

L'art. **823, comma 1°**, in tema di arbitrato: il lodo può essere deliberato a distanza, secondo prassi diffuse, ma ciascun arbitro può chiedere che sia invece deliberato in conferenza personale.

Uguualmente ciascuna parte può optare per l'udienza in presenza.

La fine della normazione particolare, il ritorno alla legge

Nel vortice delle leggi di conversione susseguite da decreti leggi in deroga, viene meno, spirato il termine ri-anticipato al 30 giugno 2020, ogni **potere eccezionale e derogatorio dei capi degli uffici giudiziari di adottare le misure organizzative**, *“anche relative alla trattazione degli affari ..., necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie”*.

La grave incertezza delle norme processuali, dovute alla pluralità e diversità delle linee guida, addirittura all'interno dello stesso tribunale, rende ragione di una disciplina esclusivamente dettata dalla legge.

La legge

Solo **la legge può modificare le regole del rito**, senza che si possa delegificare con una normazione particolare o locale di altra fonte amministrativa proponendo:

- forme a trattazione scritta, per il caso di intervento dei soli difensori, salvo valutazione con motivazione del dissenso di una parte;
- forme a trattazione da remoto, per i casi di intervento anche delle parti o del consulente in sede di chiarimenti, sottoponendo quest'ultima modalità al consenso delle parti;
- Rimanendo ferma la udienza di prova in cui è coinvolto un terzo.

Il problema del contraddittorio

La legge dovrà tuttavia fissare due termini e non un termine per la trattazione scritta, poiché mentre nel caso di udienza da remoto o mista vi sarà sempre la possibilità di una replica orale da raccogliere a verbale, altrettanto non può dirsi nella trattazione scritta.

Pertanto dovranno necessariamente essere concessi due termini, oppure due termini sfalzati prima il resistente e poi il ricorrente

La definitiva totale informatizzazione del processo

La **trasmissione degli atti in forma telematica dovrà essere generalizzata**, senza eccezioni, e dovrà essere finalmente per legge adottata la informatizzazione del processo innanzi alla Corte di cassazione, come auspicato dal recente protocollo del 15 ottobre 2020 oppure innanzi al giudice di pace.

Trattativa da remoto nelle conciliazioni o negoziazioni

Dovrà essere consentita la trattativa da remoto, come nella conciliazione civile e commerciale, con la possibilità del perfezionamento dell'accordo a distanza, in sede di **negoziazione assistita** e nella **conciliazione giudiziale**.

Lo **smart working** del personale amministrativo

E' necessario l'utilizzo di un sistema che consenta al personale di cancelleria **il flusso dei dati da remoto**, utilizzando i sistemi informativi Sicid e Siesic (appello al Ministro della giustizia dell'Ordine degli Avvocati di Torino del 1 aprile 2020), altrimenti l'emergenza sanitaria produrrà **una paralisi della giustizia**, nella sua amministrazione prima ancora che nella funzione giurisdizionale in senso stretto.