

Le novità della riforma del processo civile con riferimento agli atti introduttivi, all'art. 101 c.p.c. e alle udienze

1. Gli atti introduttivi

Poche sono le modifiche all'atto di citazione e alla comparsa di risposta, ma meritano comunque una illustrazione attenta perché non se ne sottovaluti la portata.

Iniziando dall'atto di citazione, all'art. 163, terzo comma, è inserito un punto *3-bis* che prevede l'indicazione, quando la domanda è soggetta a condizione di procedibilità, dell'assolvimento degli oneri previsti per il suo superamento.

La previsione è importante, anche visto l'ampliamento dei casi di tentativo obbligatorio di mediazione voluto dalla riforma: con "assolvimento degli oneri" deve intendersi la prova di aver effettuato il primo incontro nel procedimento dinanzi agli organismi (mediante la produzione del verbale) nei casi regolati dal D.Lgs. 28/2010, oppure, se si verte in tema di responsabilità sanitaria (visto che l'art. 281 *undecies* richiama la previsione dell'art. 163), di aver presentato il ricorso *ex art. 696 bis* c.p.c. previsto dall'art. 8 L. 24/2017, primo comma (occorrendo altresì, ai sensi del terzo comma, che la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso), oppure di aver proceduto con il ricorso all'ABF o all'ACF nei casi espressamente previsti o di aver avviato il procedimento di definizione bonaria previsto in materia di telecomunicazioni, energia elettrica, gas, servizio idrico. Alla mancata indicazione non è collegata la sanzione della nullità, perché l'art. 164 non richiama il punto *3-bis* dell'art. 163, ma la disposizione, comunque, non ha un contenuto meramente esortativo né va ignorata, dal momento che l'art. 171-*bis* individua, tra le questioni di cui il giudice indica alle parti l'opportunità della trattazione, proprio le condizioni di procedibilità della domanda, sicché la dimostrazione di aver assolto a quella condizione consente di evitare un inutile spreco di attività processuali.

Al punto 7 è previsto che l'invito al convenuto a costituirsi debba contenere l'indicazione del nuovo termine di settanta giorni prima dell'udienza, in luogo dei venti giorni del codice attuale, e l'avvertimento non solo delle scadenze in cui si può incorrere, ma anche della obbligatorietà della difesa tecnica, nei casi in cui tale obbligo sussiste, e della possibilità di presentare istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. È una previsione, questa, che ricade tutta nell'art. 164, terzo comma, dal momento che la norma non distingue tra i diversi contenuti dell'avvertimento, peraltro tutti quanti rivolti a una parte che ancora non ha instaurato il rapporto con un difensore e ha necessità di essere informata, allo stesso modo, non solo di quando deve costituirsi ma anche di con chi farlo.

La data dell'udienza dev'essere indicata tenendo conto dei nuovi termini di costituzione e dell'anticipazione della trattazione scritta a monte, anziché a valle: per questa ragione i termini liberi sono portati a centoventi in luogo degli originari novanta (mentre i centocinquanta rimangono tali, in considerazione delle minori

difficoltà, oggi rispetto a quando la norma è stata scritta, di costituirsi anche per chi si trova all'estero).

Niente è cambiato sotto il profilo delle prove, anche se la legge delega prevedeva che l'indicazione specifica dei mezzi di prova fosse un punto che avrebbe dovuto essere oggetto della normativa delegata (ma l'art. 163 già lo prevedeva, e non è stata introdotta alcuna decadenza).

Quanto al punto 4 (esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda) apparentemente la norma non aggiunge granché, ma quella indicazione di "chiarezza e specificità", che non solo è nuova ma è anche diversa da quella di "chiarezza e sinteticità" che ricorre altrove, ha un significato in realtà assai importante se collegato all'esigenza di un corretto funzionamento del principio di non contestazione, dal momento che solo una esposizione chiara e specifica dei fatti di causa consente alla controparte di contestarli altrettanto "specificamente", come vuole l'art. 115 c.p.c.

Specularmente, la norma sulla comparsa di costituzione è integrata col richiamo alla necessità che la presa di posizione sui fatti avversari sia compiuta "in modo chiaro e specifico". La formulazione della legge delega, che metteva sullo stesso piano il "proporre le difese" e il "prendere posizione sui fatti" in modo chiaro e specifico, poteva indurre a sottovalutare l'importanza della prescrizione, ma il legislatore delegato ha avuto cura di chiarire quale è la ragione della novità, che avvicina l'art. 167 all'art. 414 c.p.c., nel quale già era previsto che la presa di posizione dovesse essere "precisa e non limitata a una generica contestazione".

Per chi reputa che l'art. 115 c.p.c. sia norma rivolta essenzialmente al giudice, e non alle parti, perché gli indica una regola di giudizio consistente nel tenere fuori dal *thema probandum* i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita, senza imporre preclusioni (secondo questa lettura, la iniziale non contestazione potrebbe essere trasformata in contestazione in qualunque momento, a scapito dell'ordinato funzionamento del processo, dato che questo riaprirebbe, necessariamente, i termini per la prova diretta, nel rispetto dell'art. 111 Cost.), la modifica dell'art. 167, inserita nel contesto di una disciplina che vorrebbe un processo più efficiente, rafforza la tesi che intende in altro modo le preclusioni collegate alla non contestazione e ancora necessariamente la trasformazione in contestazione all'ultimo momento utile rappresentato dalla prima memoria oggi prevista dall'art. 171-ter.

Il ragionamento è analogo a quello che si farà adesso con riferimento all'art. 101 c.p.c., che può essere letto come norma che esprime un principio generale, ma anche in collegamento con il novellato art. 183 c.p.c. e con la neo introdotta previsione dell'art. 171-bis (anche a rafforzare l'importanza di quest'ultima, a dispetto del fatto che, all'apparenza, non siano previste conseguenze per il mancato impiego della nuova prescrizione).

2. L'art. 101

La previsione dell'art. 101, secondo comma, in un processo che vede l'intervento del giudice, nel confronto con le parti, soltanto all'udienza che viene a valle delle memorie dell'art. 171-ter, dev'essere interpretata tenendo conto del contesto.

L'art. 171-bis stabilisce che il giudice, entro quindici giorni dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto, compia tutta una serie di verifiche preliminari un tempo riservate alla prima udienza (con l'aggiunta del richiamo agli artt. 171, terzo comma, e 269, secondo comma) e, soprattutto, indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione (anche con riguardo alle condizioni di procedibilità della domanda e alla sussistenza dei presupposti per procedere con rito semplificato: ma non è questo che adesso ci interessa, anche perché per la parte relativa al rito semplificato il meccanismo obiettivamente non funziona).

Le questioni rilevabili d'ufficio possono essere le più disparate: alcune condizionano la stessa nascita del processo (così il difetto di legittimazione, di capacità di essere parte, o di interesse ad agire), altre ne condizionano la prosecuzione (a cominciare dalla condizione di procedibilità, ma non solo), altre ancora la decisione (pensiamo alla nullità del contratto). Alcune possono richiedere la produzione di prove che l'art. 101 ancora oggi (nonostante i tentativi fatti fin dall'epoca della Commissione Berruti, in coincidenza con la gestazione delle sentenze delle Sezioni unite sulle impugnative negoziali e la previsione della possibilità di un rilievo d'ufficio anche di cause di nullità diverse da quelle fatte valere dall'attore) non include tra le attività consentite nelle memorie che debbono essere date alle parti quando il giudice ritiene di porre a fondamento della decisione la questione rilevata d'ufficio.

Le questioni rilevabili d'ufficio possono ovviamente emergere meglio da un interrogatorio libero ben condotto, anche alla presenza delle parti personalmente. Ma l'interrogatorio libero è previsto soltanto alla prima udienza, quando le memorie sono già state tutte depositate, e l'unica strada che rimane aperta è, appunto, quella delle memorie da depositarsi nei venti e quaranta giorni previsti dal secondo comma dell'art. 101.

Questo significa che si ripeterà quanto già si era osservato con riferimento al testo del previgente art. 183, questa volta riferito invece all'art. 171-bis: ossia che se si vuole un processo più efficiente, e soprattutto rispettoso delle esigenze di tutela delle parti, non si può sottovalutare questa prescrizione, per la quale pure non è prevista alcuna forma di obbligo per il decisore. Nel senso, cioè, di non ritenere questo adempimento un ostacolo nel lavoro del giudice ma una, preziosa, occasione (da rendere fruibile avvalendosi dei componenti dell'ufficio per il processo) per evitare un processo che, come nel gioco dell'oca, ogni volta debba ripartire da capo, oltretutto senza consentire davvero alle parti, attraverso le memorie aggiuntive, un compiuto svolgimento delle proprie difese per quanto attiene al tema della prova, o dell'eccezione, o della domanda (che sono cosa diversa dalle "osservazioni" dell'art. 101 secondo comma).

Ciò, a meno che non si voglia utilizzare la prima parte del secondo comma dell'art. 101 c.p.c. (dove si prevede che il giudice che accerta che dalla violazione del contraddittorio è derivata una lesione del diritto di difesa adotti i provvedimenti opportuni) a ricomprendere il caso in cui la lesione sia derivata dalla condotta dello stesso giudice, che non ha opportunamente utilizzato la prescrizione dell'art. 171-*bis* per quello che il legislatore voleva che fosse. Ovvero, un presidio che garantisce che in un processo che vede l'intervento del giudice all'udienza solo tardi, dopo che già c'è stato lo scambio di memorie tra i difensori, il giudizio si svolga in realtà fin da subito sotto il controllo del giudicante, ad evitare di ripetere gli errori del processo societario, dei quali tutti gli interpreti si sono lamentati.

3. L'udienza mediante collegamenti audiovisivi (art. 127-*bis*) e il deposito di note scritte in sostituzione dell'udienza (art. 127-*ter*)

Le modalità di trattazione dell'udienza, diverse da quelle tradizionali, si biforcano tra videocollegamento e udienza cartolare e sono possibili entrambe solo quando l'udienza non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice. Di cosa accada quando è prevista la presenza del consulente tecnico dirò da ultimo.

Le norme di riferimento sono gli artt. da 127 a 127-*ter* e l'art. 196-*duodecies* disp. att. c.p.c.

Se non facendo riferimento ai soggetti che vi intervengono, gli artt. 127-*bis* e 127-*ter* non indicano in quali casi l'udienza tradizionale possa essere sostituita con le modalità alternative (a parte il chiarimento, contenuto nell'art. 127-*bis*, che anche l'udienza pubblica – v. gli artt. 128 c.p.c. e 84 disp. att. c.p.c. - può essere sostituita dall'udienza in videocollegamento). Indicano invece a chi è rimessa la scelta del tipo di udienza.

In mancanza di una indicazione relativa al tipo di udienza, non aiutano neppure le due pronunce della Cassazione che non a caso, con riferimento alle disposizioni previgenti in punto di trattazione scritta, hanno escluso, l'una, e ammesso, l'altra, la possibilità di sostituire il modulo decisorio dell'art. 281-*sexies* con l'udienza cartolare (Cass. civ., sez. VI, 10 novembre 2021, n. 33175; Cass. civ., sez. III, 19 dicembre 2022, n. 37137).

Per intendere al meglio le due disposizioni mi sembra opportuna una premessa, dato che il dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza, e la necessità di evitare alcuni equivoci ricorrenti in proposito, possono aiutare nella comprensione dell'innesto delle nuove tipologie di udienza in un quadro di interventi che si vorrebbero volti a una giustizia non solo efficiente ma insieme effettiva.

Oralità, scrittura e pubblicità dell'udienza: qualche precisazione è necessaria.

Innanzitutto, è opportuno ricordare che le nuove norme conoscono dei precedenti, al di là della disciplina dell'emergenza sanitaria: e che, per questo, a poco serve, nell'intendere le previsioni, invocare con troppa leggerezza principi che sono

già stati esaminati, e a certe condizioni messi da parte, dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale.

È un precedente dell'art. 127-*bis* la previsione, oggi confermata nell'art. 203 CCII, per cui l'udienza di verifica dello stato passivo nel fallimento già poteva 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 (e ora abbiamo una norma analoga anche per l'udienza sulle misure cautelari e protettive nella composizione negoziata); ed è un precedente 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 precedenti della trattazione cartolare le ipotesi previste per le *small claims* dal Regolamento (CE) n. 861/2007 (che contempla anche la possibilità della videoconferenza), quella dell'art. 33 D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, 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 stato un grosso dibattito in dottrina, perché la scelta è stata 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 costituzionale nel 1998 per il fatto che i due riti, in pubblica udienza e in camera di consiglio, coesistevano 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 fin da subito si è lamentata la violazione dell'art. 6 CEDU che prevede il diritto alla pubblica udienza.

Orbene, è appena il caso di 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 a proposito degli artt. 127-*bis* e *ter* stiamo ragionando piuttosto della sostituzione dell'udienza *fisica*, pubblica o camerale che sia (la non pubblicità dell'udienza non esclude la presenza dei difensori, e l'udienza camerale si qualifica per l'assenza di spettatori terzi, sia in concreto che in potenza) con una trattazione scritta della causa o con una trattazione in videocollegamento.

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.

Pubblicità, oralità e trattazione scritta si intrecciano proprio con riferimento agli interventi sulla pubblicità dell'udienza. Il principio di pubblicità dell'udienza, secondo la Corte costituzionale, non riveste carattere assoluto e può essere derogato in presenza di «particolari ragioni giustificative», ove «obiettive e razionali». La

derogabilità del principio della pubblicità è stata ribadita in più occasioni dalla Corte di cassazione. Con particolare riferimento all'art. 380-bis c.p.c. la Corte (Cass. civ., sez. VI, 10 gennaio 2017, n. 395) ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale ritenendo che la deroga, anche alla luce dei principî espressi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (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*), “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”. 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 la 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 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”.

Dunque, la trattazione scritta non solo è considerata legittima, ma è servita a salvare la deroga alla pubblicità delle udienze (e dunque anche alla correlata applicazione dell'oralità, che, se pure distinta dalla pubblicità, è combinata ad essa nella logica della trasparenza, come ci ricorda Denti, nella voce *Oralità*).

E tuttavia, sebbene non vi siano ragioni costituzionali che negano legittimità alla trattazione cartolare, la preferenza tra l'udienza cartolare e l'udienza in videocollegamento, a mio avviso, deve andare comunque all'udienza “da remoto”.

Non perché non reperi che ci siano situazioni nelle quali lo scambio di note è più che sufficiente, o addirittura utile per lasciare traccia scritta della discussione, ma per tutta un'altra serie di elementi, di carattere generale, che è comunque opportuno tenere in considerazione (e che vanno al di là di quello che poi dirò con specifico riferimento alla comparizione “personale” delle parti e alle udienze qualificate dal codice di *discussione* – artt. 410 e 429 c.p.c. - o di trattazione *orale* – art. 281-sexies).

Cominciamo col chiederci quale tasso di oralità deve avere un processo. Su questo tema il dibattito è aperto da sempre.

Da un lato, si osserva, *“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”* (P. Calamandrei, *Indipendenza e senso di responsabilità del giudice*), il che presuppone udienze che si svolgano, tutte o in massima parte, alla presenza fisica (o al massimo telematica) dei difensori delle parti (ovviamente, allora, dei difensori, e non dei loro sostituti).

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”* (E. Redenti, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*). Il che vale tanto per il giudice, che necessita di una adeguata riflessione (come dimostra la critica che si muove alla decisione contestuale, nella versione anteriore alla riforma, in cui il rischio, come si è detto in altre occasioni, 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.

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”* (Mortara, *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*).

Ma queste considerazioni, tutte vere, sono fatte per giustificare una trattazione scritta che si aggiunge (come negli artt. 420 e 429 c.p.c.), non già che si sostituisce ai (rari) momenti di oralità del processo civile.

Quale può essere, allora, il criterio da seguire?

Secondo me la trattazione scritta va tendenzialmente esclusa – non perché ci sia un impedimento nelle norme, visto che l'art. 127-ter, come si è detto, non eccettua nessun tipo di udienza - quando il processo già prevede un alto numero di memorie, a maggior ragione quando il numero di parti sia elevato (pensiamo alla materia societaria, e al fatto che già nel processo a sole due parti il numero di buste generato dal sistema del processo telematico è pari a sei, per vedere quali sono le controindicazioni di una udienza cartolare); e anche quando i difensori sono abituati

a discutere pur se le questioni giuridiche da affrontare sono particolarmente complesse (pensiamo ai procedimenti cautelari o camerali).

Al più si può ricorrere alla trattazione scritta nelle udienze in cui l'attività sarebbe riservata alla verifica dell'esito di una proposta conciliativa, o, a tutto concedere, a quelle in cui la discussione orale non aggiungerebbe niente a quanto già scritto (ma tenendo conto, in questi casi, che se anche una soltanto delle parti chiede la trattazione orale è più rispondente alla doverosa collaborazione parti-giudice accogliere la richiesta – sebbene la norma in questo caso consenta di respingerla con decreto non impugnabile – ferma la possibilità, se l'altra parte non si è opposta alla trattazione scritta, di disporre l'udienza mista in videocollegamento, immaginando allora un trivio, e non soltanto un bivio, nelle previsioni degli artt. 127-*bis* e 127-*ter*).

Fatte queste premesse, è meglio andare con ordine ed esaminare le norme per quel che dicono.

Diversamente dall'udienza cartolare, la scelta per l'udienza in videocollegamento è rimessa (almeno stando al tenore letterale della norma) alla sola valutazione del giudice, mentre alla parte costituita (senza necessità di richiesta congiunta) è attribuita semmai la facoltà di chiedere che l'udienza si svolga in presenza.

Per venire incontro alle eventuali diverse esigenze delle parti, in ogni caso, è prevista la possibilità che solo chi ne ha fatto richiesta sia presente personalmente: questa previsione nasce dalla constatazione che, altrimenti, la richiesta di una trattazione in presenza può diventare un'arma per il difensore che non ha impedimenti alla partecipazione personale (magari perché più libero, o più vicino del difensore avversario all'ufficio giudiziario in cui si svolge il processo) per mettere in difficoltà la controparte e costringerla a far ricorso a un sostituto.

Dato che questo è l'obiettivo (consentire l'oralità, per quanto possibile, sia pure nelle forme del collegamento audiovisivo che, in prospettiva – non dimentichiamo, nell'intenderle, che queste non sono norme destinate a operare nell'immediato, ma a regime, col miglioramento della tecnologia – consentiranno di lavorare “come se” si fosse in presenza: pensiamo alle esperienze digitali del metaverso), la norma che rimette al giudice la facoltà di optare per il videocollegamento, senza richiedere motivazione, dev'essere intesa nel senso di non escludere che questa facoltà venga esercitata non soltanto d'ufficio, ma anche su richiesta di uno solo dei difensori (quello cui verrebbe consentita la trattazione da remoto) che, per motivi di salute o altro, abbia necessità di non intervenire personalmente, e anche senza necessità che nella richiesta siano indicate le motivazioni, per ragioni di riservatezza.

Mentre non occorre motivazione per disporre l'udienza in videocollegamento, è più corretto che il decreto che dispone, non accogliendola, sulla richiesta della parte costituita volta a ottenere che l'udienza si svolga in presenza sia motivato, sebbene non sia impugnabile: la previsione di “non impugnabilità” lascia intendere che con esso si possa disattendere la richiesta della parte (mentre in assenza di quella previsione si sarebbe potuto immaginare che il provvedimento servisse solo per dar seguito alla richiesta, fissando l'udienza, anche in forma mista), ma al tempo stesso

impone una particolare attenzione, al giudice, rispetto all'esigenza manifestata dalla parte.

Il fatto che il provvedimento debba essere comunicato alle parti almeno quindici giorni prima dell'udienza, che la parte costituita, entro cinque giorni dalla comunicazione, possa chiedere che l'udienza si svolga in presenza, e che il giudice debba provvedere nei cinque giorni successivi, richiede che ci siano almeno venti giorni "impegnati" nello scambio (ferma la possibilità, ma solo in caso di particolari ragioni d'urgenza, che i termini siano abbreviati, nel provvedimento di cui al primo comma), cui deve aggiungersi, per rispetto delle esigenze organizzative dei difensori, un numero congruo di giorni che intercorrono tra l'ultimo provvedimento del giudice e la data dell'udienza.

Ciò crea difficoltà tutte le volte che la parte è chiamata a costituirsi in un termine inferiore a venti giorni, come avviene nel processo del lavoro, cui pure la disciplina degli artt. 127-*bis* e 127-*ter* si rivolge (salvo quel che diremo con riferimento alle prime udienze in entrambi i riti, quanto alla trattazione cartolare), dato che la previsione dell'art. 127 è contenuta nelle disposizioni generali.

In questi casi, infatti, la parte non ancora costituita non riceve la comunicazione, a meno che la disposizione dell'udienza in videocollegamento non sia già contenuta nel decreto che fissa l'udienza: il fatto che il primo periodo dell'art. 127-*bis* non menzioni, a differenza del secondo periodo, le "parti costituite" ma soltanto "le parti", difficilmente può essere inteso nel senso che vi sia un onere di comunicazione anche al destinatario della domanda dell'attore che non si sia ancora costituito (o al contumace, anche volontario, che viene dichiarato tale in sede di verifiche preliminari, ma che può sempre costituirsi in un momento successivo, accettando il processo nello stato in cui si trova).

Un problema, nell'udienza da remoto, è rappresentato dalla presenza personale della parte. Se si vuole che l'art. 127-*bis* funzioni, e non comporti inutili appesantimenti, è necessario che la norma sia interpretata in modo elastico, non costringendo la parte a collegarsi dalla stessa postazione del difensore. Se l'udienza in videocollegamento può essere un modo per rendere effettivo il tentativo di conciliazione, e ridurre l'eventualità dell'assenza della parte, e se lo stesso deve dirsi con riferimento all'utilità dell'interrogatorio libero, bisogna però anche dare modo alla parte, che potrebbe risiedere o avere sede a grande distanza dallo studio del proprio professionista, di collegarsi da un luogo diverso. Lo aveva previsto, durante la pandemia, un protocollo del CNF, che dava anche indicazioni su come risolvere il problema della riservatezza dell'udienza (il giudice dava atto a verbale della dichiarazione della parte che si assumeva la responsabilità dell'assenza di altri soggetti), ed è opportuno che questa previsione venga ripresa e faccia parte di quei protocolli d'udienza che contribuiscono a formare la *soft law* delle regole processuali.

Quanto all'udienza cartolare, si è già detto che è opportuno che questa modalità venga utilizzata nei soli casi in cui, ad avviso del giudice, è veramente necessario.

In passato, si sarebbe anche detto che la trattazione scritta si attaglia particolarmente all'udienza di precisazione delle conclusioni, ma adesso occorre ricordare che l'art. 189 prevede già che la precisazione delle conclusioni avvenga in forma scritta, col deposito delle note depositate in un termine non superiore a sessanta giorni prima dell'udienza di rimessione della causa al collegio per la decisione.

Nel processo civile, in cui il numero di memorie è già tale da rendere inutile ulteriori scambi scritti, la trattazione cartolare non fa che appesantire la lettura (e per i difensori il lavoro di scrittura) degli atti del processo. Nel processo del lavoro, in cui, visto il numero contenuto di memorie, spesso è opportuno il deposito di note scritte in aggiunta (non in sostituzione) della discussione orale, abbiamo già, agli artt. 420 e 429 c.p.c., la previsione della possibilità di note scritte, subordinata a certe condizioni (se ricorrono "giusti motivi", nell'art. 420; "se il giudice lo ritiene necessario", nell'art. 429): si tratta dunque semmai di ritenere che quella previsione possa operare anche per il solo fatto che ne facciano richiesta le parti, come nell'art. 127-ter, ma senza sostituzione dell'udienza.

La prima udienza, in cui dev'essere tentata la conciliazione alla presenza personale delle parti, non consente lo scambio di note scritte (un conto è infatti che la norma ricomprenda le udienze in cui non è prevista la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti, dato che le parti *possono* sempre partecipare alle udienze, altro conto è il caso in cui il codice prescrive la comparizione personale, e obbliga alla presenza, per il tentativo di conciliazione o per l'interrogatorio libero): al più è possibile che il giudice formuli per iscritto la proposta di conciliazione, prevista nell'art. 185-bis con uno spettro temporale più ampio che in passato, e confermata nell'art. 420, ma non che conduca un tentativo di conciliazione che sia degno di questo nome in forma scritta, se vogliamo che la prescrizione non si traduca nell'ennesimo insuccesso della importazione di forme di giustizia consensuale all'interno del processo. E lo stesso deve dirsi per l'interrogatorio libero delle parti, anche se la sua utilità, a questo punto, è assai ridotta data l'anticipazione delle memorie rispetto all'udienza e quel che si può ricavare, al massimo, dalla previsione dell'art. 101 c.p.c. di cui già si è detto.

Quanto alle udienze originate dal ricorso, *ex art. 61*, alla nomina di un consulente tecnico, se è vero che il giuramento del CTU può avvenire in forma cartolare e che lo scambio sui quesiti (fissati nel provvedimento assunto *ex art. 191 c.p.c.*, non modificato, come non è modificato l'art. 195 c.p.c.) può essere oggetto di indicazioni formulate per iscritto, è altrettanto vero, però, che una formulazione consapevole dei quesiti è più facilmente frutto della discussione orale (eventualmente, allora, in videocollegamento) e che le questioni che la recente giurisprudenza della sezioni unite della Cassazione finirà inevitabilmente per determinare non si prestano ad essere affrontate per iscritto.

La trattazione cartolare può essere disposta dal giudice o su richiesta congiunta delle parti costituite: mentre in questo caso la forma scritta dell'udienza è obbligata, nel caso (non previsto, ma neppure escluso) in cui la richiesta provenga da una sola delle parti il giudice potrà valutarne la ragionevolezza e provvedere di

conseguenza. Deve intendersi, perciò, che solo nel primo caso, e non nel secondo, la richiesta possa essere non motivata.

Al provvedimento che dispone la trattazione cartolare ciascuna parte costituita può opporsi (e se tutte le parti si oppongono il giudice dispone in conformità): anche in questo caso deve ritenersi che l'opposizione debba essere motivata, per consentire al giudice la valutazione delle ragioni della parte.

Anche con riferimento all'art. 127-ter si ripropone il problema dei termini: il termine per il provvedimento che dispone le note è di almeno quindici giorni (ma qui non si calcola il termine a ritroso dall'udienza, come nell'art. 127-bis, bensì in avanti), con opposizione entro cinque giorni dalla comunicazione e il provvedimento sull'opposizione nei cinque giorni successivi. Si ha, perciò, un totale di almeno venti giorni (cui in questo caso deve aggiungersi un numero ancor più congruo di giornate ulteriori per permettere ai difensori di organizzare il lavoro della redazione e sottoporre il testo delle note alle parti assistite).

Dato che il giorno di scadenza del termine assegnato – lo vedremo tra poco – è considerato data di udienza a tutti gli effetti (e in particolare per la decorrenza di eventuali termini a ritroso), il giudice da un lato dovrà provvedere con largo anticipo a fissare la trattazione scritta (per consentire l'organizzazione del lavoro dei difensori), ma al tempo stesso ricordarsi di individuare il termine, soprattutto quando sostituisce una udienza già fissata, nella stessa data in cui l'udienza era stata indicata, o in una data successiva, per evitare anticipazioni del termine per la costituzione delle parti. Col problema, di cui già si è detto, che la parte non ancora costituita non riceve il provvedimento, se non è contenuto nel decreto di fissazione dell'udienza, e che quando, come nel rito del lavoro ma non solo, la costituzione è fissata in un termine ravvicinato rispetto all'udienza, l'attore, che pure è a conoscenza del provvedimento e ha, sulla carta, un termine ampio per scrivere le note, non sa cosa scrivere finché non legge quanto contenuto nella memoria difensiva e, soprattutto se il giudice ha calcolato soltanto i venti giorni, rischia di non sapere fino all'ultimo momento se l'udienza si terrà in forma scritta o orale. Problema, questo, che, unito al fatto che la prima udienza in entrambi i riti prevede la comparizione personale delle parti, dovrebbe sconsigliare, se anche non lo si voglia escludere, l'utilizzo dell'udienza cartolare con riferimento alla prima udienza.

Negli ultimi commi dell'art. 127-ter si prevede il funzionamento dell'udienza cartolare: da un lato, il meccanismo dell'art. 309 c.p.c. è sostituito da quanto previsto ai commi quattro e cinque; dall'altro, come già si è detto, si chiarisce che il giorno di scadenza del termine per il deposito delle note è considerato udienza a tutti gli effetti.

Il che – se si ritiene che il comma terzo si riferisca solo ai casi in cui l'udienza non sia quella finale (come nell'art. 186 c.p.c.) – pone il problema – ove si considerino le note scritte compatibili con le norme che prevedono espressamente la discussione o la trattazione orale - della sentenza contestuale (art. 281-sexies e 429 c.p.c.), dal momento che lo scarico delle note ad opera della cancelleria non avviene in tempo reale e comunque il difensore potrebbe depositare le note fino alle 23.59 del giorno di scadenza. Dal che, comunque, l'idea che il giudice debba fissare anche l'orario nel

quale il deposito dovrà avvenire, e non soltanto il giorno, come consentito dall'art. 155, letto in combinato disposto con l'art. 152 c.p.c.

È vero che in entrambe le previsioni del 281-*sexies* e del 429 si stabilisce che la sentenza possa essere anche depositata in un termine successivo (di trenta giorni, nel primo caso, e di sessanta giorni, nell'altro), ma in entrambi i casi, soprattutto nel secondo, in cui il deposito della sentenza è rinviato "in caso di particolare complessità della controversia", il rinvio non è la regola; inoltre, nell'art. 429 (o nell'art. 281-*sexies* testo ante riforma, che comunque continuerà ad operare per il vecchio rito) il dispositivo dev'essere comunque letto in esito all'udienza, rendendo dunque assai difficile il rispetto della previsione. Nel caso dell'art. 281-*sexies* nuovo testo, poi, dove è data l'alternativa del deposito dell'intera sentenza nei trenta giorni successivi, deve comunque essere redatto un verbale all'esito dell'udienza cartolare, che dia l'indicazione della scelta compiuta dal giudice.

Un ulteriore problema è rappresentato dal significato di "sole istanze e conclusioni", quale contenuto delle note: al di là dell'ovvia considerazione che nessuno può impedire al difensore di ricominciare da capo, appesantendo così il lavoro di tutti (giudice e controparti), è altrettanto vero che ci sono dei casi in cui la nota (al pari dell'udienza) è l'unico momento per replicare a quanto contenuto nella memoria avversaria, il che impedisce, almeno in questi casi, che le note si limitino alle sole istanze e conclusioni. Mi riferisco di nuovo non solo al processo del lavoro, se si ritiene la disciplina compatibile, dove il ricorrente non ha altrimenti modo di rispondere alla memoria difensiva o di riassumere gli esiti dell'istruttoria e dove comunque la discussione finale è tradizionalmente orale, ma anche alle udienze che, nel rito civile, vengono a valle dello scambio di memorie, per le eccezioni di inammissibilità o irrilevanza da sollevare rispetto alle prove contrarie avversarie che tali non siano, o comunque seguono attività che richiedono l'eccezione *ex art. 157 c.p.c.* (come sempre più frequentemente avverrà nel caso della consulenza), o vengono a valle dell'utilizzo del potere rimesso al giudice dall'art. 101 c.p.c.: in questo caso è vero che, almeno per le repliche che non debbono essere compiute nel primo atto difensivo utile, ci sono anche le memorie conclusionali e le repliche, ma è evidente che i difensori sono abituati a considerare l'udienza come il momento deputato per discutere sulla posizione assunta dalla difesa avversaria e verbalizzare di conseguenza, per cui non potranno che approfittare dello scambio di note scritte per ampliare quella che altrimenti sarebbe soltanto una stringata verbalizzazione.

Tutto quanto si è detto finora conferma, a mio avviso, l'opportunità che l'art. 127-*ter* sia utilizzato con estrema parsimonia (diversamente da quanto sta accadendo da tempo: ne ho visto l'impiego anche in sostituzione della discussione su una inibitoria, e non vorrei vedere trasformati anche i pochi momenti di oralità dei processi civili in scambi esclusivamente scritti, che non sempre facilitano la comprensione delle questioni agitate nel dibattito). E che invece sia implementato l'uso dei meccanismi di videocollegamento, insistendo semmai per un miglioramento degli apparecchi utilizzati (col doppio video, per l'udienza a partecipazione mista, e con videocamere panoramiche e microfoni ambientali, per consentire il rapporto trilatero giudice-parti) e confidando nella messa a punto delle tecnologie, dato che il

processo telematico non dev'essere soltanto un modo per depositare gli atti, ma un'occasione per facilitare il confronto orale nei casi in cui (vista la lunghezza dell'Italia, e l'opportunità di rinunciare all'idea della geografia giudiziaria in cui gli avvocati del foro – quando il domicilio elettronico vorrebbe superare ogni barriera e confine – conoscono le regole del gioco come se il processo non fosse lo stesso in tutta la penisola) il videocollegamento permette la presenza personale, escludendo la necessità della sostituzione (che oltretutto ha un costo per la parte, come hanno un costo le trasferte), del difensore.

Se si vuole un processo non solo efficiente ma anche declinato in chiave di effettività della tutela, e se si vuole che la prima udienza sia effettiva, e che il giudice sia preparato e conosca bene il fascicolo (per meglio dire: che abbia dinanzi a sé, alla prima udienza, un fascicolo in cui tendenzialmente il *thema decidendum* e il *thema probandum* sono già fissati), bisogna anche che lo sia il difensore, che verrà facilitato nella partecipazione al processo, ma al tempo stesso responsabilizzato a essere presente senza dover ricorrere sempre alle sostituzioni.

Concludendo.

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 “da remoto” e in presenza (e, in ipotesi limitate, a trattazione scritta) 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.) - 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 agiscono *coram* e *in praesenti* sfruttando però, per farlo, le moderne tecnologie, almeno 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 finora 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 qual era quello che, prima dell'emergenza, spesso finiva per imporre, di fatto, la presenza fisica del solo domiciliatario in luogo della presenza da remoto del difensore della parte. Assai meglio un sistema che, come è stato fatto dalla riforma, permette l'udienza in videocollegamento anche ad uno solo dei difensori, tenendo conto del rilievo che subordinare l'udienza a distanza al consenso di entrambe le parti avrebbe significato rinunciare ad avvalersi delle opportunità offerte dalla tecnologia, perché il processo civile non è luogo in cui vi sia convergenza

di interessi di tutti gli attori, e in cui, semmai, la contrapposizione non si limita al piano sostanziale, ma si ripercuote anche sul processo.

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 telematica, o, addirittura, per cogliere quegli aspetti che, con riferimento a particolari attività (l'ascolto del minore, il tentativo di conciliazione, e via dicendo) 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 utilizzato 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 comunque si esprima quel rapporto tra parti e giudice che consiste nell'ascoltare e farsi ascoltare (Satta) e sia rispettata la sacralità del discutere la causa e del giudicare.

Ilaria Pagni

Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Firenze