



GIUSTIZIA INSIEME

ISBN

978-88-548-2217-7

ISSN:

2036-5993

Registrazione: 18/09/2009 n. 313 presso il Tribunale di Roma

Diritto dell'emergenza Covid 19, n. 1266 - 29 luglio 2020

La trattazione scritta. Un arabesco (Art. 221, comma 4, l. n. 77/2020 di conversione al d.l. "Rilancio")

di Franco Caroleo e Riccardo Ionta

"Alla tavola rotonda bisognerà anche invitare uno storico dell'arte per fargli dire quale influenza può avere avuto il barocco sulla nostra psicologia. In Italia infatti la linea più breve tra due punti è l'arabesco. Viviamo in una rete di arabeschi".

L'articolo, in continuità con i due precedenti scritti apparsi su Giustizia Insieme, esamina la nuova disposizione dell'art. 221, comma 4, della legge 17 luglio 2020, n. 77 (di conversione al d.l. "Rilancio") relativa alla disciplina della trattazione scritta. Lo scritto evidenzia le criticità dell'ennesima norma e propone delle soluzioni alle principali questioni in una cornice teorica che riguarda i concetti di trattazione, comparizione e udienza.

I precedenti articoli:

1) 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).

<https://www.giustiziainsieme.it/it/news/117-main/diritto-dell-emergenza-covid-19/916-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>

2) Trattazione scritta. Un'impalcatura

<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/969-trattazione-scritta-un-impalcatura>

Sommario: 1. Arabesco – 2. Stesso istituto, nuova disposizione – 3. Il mix delle trattazioni – 4. Potere del giudice e limiti – 5. Innovazioni e questioni – 5.1 I termini della trattazione scritta – 5.1.1 Il termine per il deposito delle note scritte – 5.1.2 L'incidenza della sospensione feriale – 5.2 L'applicazione della disciplina ex art. 181 c.p.c. – 5.3 L'istanza di trattazione orale – 5.4 Il provvedimento del giudice "in udienza" – 5.5 Deposito senza scambio – 5.6 Il giuramento del c.t.u. – 5.7 Il verbale – 6. Trattazioni. Comparizioni. Udienda – 6.1 Trattazione orale e scritta – 6.2 Comparizione in presenza, da remoto, figurata – 6.3 Udienda

1. Arabesco

“Alla tavola rotonda bisognerà anche invitare uno storico dell'arte per fargli dire quale influenza può avere avuto il barocco sulla nostra psicologia. In Italia infatti la linea più breve tra due punti è l'arabesco. Viviamo in una rete di arabeschi”. È Flaiano che scrive. E sono passati circa cinquanta anni.

L'art. 221, comma 4, della legge 17 luglio 2020, n. 77 - di conversione del c.d. decreto legge “Rilancio” (decreto legge 19 maggio 2020, n. 34) - è un tratto di quel particolare arabesco giuridico che forma la disciplina della trattazione scritta del procedimento civile.

Punto iniziale è stato l'art. 83, comma 7, lett. h) del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27) - prima in vigore fino al 30 giugno 2020, poi al 31 luglio 2020 e poi di nuovo al 30 giugno 2020 - e il punto finale appare sconosciuto, forse inesistente, sicuramente arzigogolato da raggiungere. Nell'attesa, oltre ai ripensamenti temporali, sono apparse diverse versioni della norma e altri emendamenti, forse meglio formulati, non approvati¹.

¹ Una prima versione della norma prevedeva il mantenimento della trattazione scritta, e di altre innovazioni utilizzate durante le prime fasi dell'emergenza, in via “sperimentale” sino al dicembre 2021. Un ulteriore emendamento, poi scavalcato da quello che ha condotto all'attuale disposizione, prevedeva delle modifiche al testo dell'art. 83 (con serie difficoltà di coordinamento normativo) prevedendo che “*al comma 7, lettera h), sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «Salvo che anche solo una parte faccia pervenire motivata richiesta di trattazione da remoto ovvero in presenza entro dieci giorni dalla data dell'udienza calendata, si svolgono con le suddette modalità le udienze di ammissione dei mezzi di prova di cui all'articolo 183, comma 7, del codice di procedura civile, le udienze per l'esame della Consulenza Tecnica d'Ufficio, le udienze fissate per la precisazione delle conclusioni, le udienze fissate ai sensi dell'articolo 281-sexies del codice di procedura civile. Il giudice, con comunicazione da inviare a cura della cancelleria almeno cinque giorni prima dell'udienza calendata, assegna alle parti un termine per il deposito di sintetiche note scritte sino a tre giorni prima ed un termine per repliche sino al giorno prima dell'udienza calendata. Il giudice, il giorno fissato per l'udienza, redige il verbale nel quale, previa verifica che le comunicazioni ai difensori a cura della cancelleria siano state regolarmente effettuate, dà*

L'art. 221, comma 4, appare una norma di compromesso - al ribasso per le idee e per la tecnica - che asseconda i manifestati timori di quella parte del mondo giudiziario restia alle ipotesi di micro-cambiamento. Del resto, Manzoni, riferendosi ad un'epoca ancora più antica, già scriveva che "Il buon senso c'era ma se ne stava nascosto per paura del senso comune".

La norma, comunque, insistendo nella trattazione scritta, certifica gli effetti positivi di uno strumento che si è diffuso rapidamente nella giustizia civile - per immediatezza e facilità d'uso - consentendo una ripartenza effettiva ed efficace dei procedimenti.

2. Stesso istituto, nuova disposizione

"Il giudice può disporre che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti siano sostituite dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni. Il giudice comunica 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. Ciascuna delle parti può presentare istanza di trattazione orale entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento. Il giudice provvede entro i successivi cinque giorni. Se nessuna delle parti effettua il deposito telematico di note scritte, il giudice provvede ai sensi del primo comma dell'articolo 181 del codice di procedura civile".

L'art. 221, comma 4 - in disparte l'ingannevole rubrica dell'articolo - introduce una disposizione nuova relativa alla trattazione scritta, applicabile sino al 31 ottobre 2020, finalizzata espressamente a soddisfare le "esigenze sanitarie derivanti dalla diffusione del COVID-19" (art. 221, comma 2).

La disciplina della trattazione scritta ex art. 221, comma 4, nonostante l'infelice formulazione della norma, deve essere considerata in continuità con quanto disposto dall'art. 83, comma 7, lett. h) del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (diventato inefficace dal 30 giugno 2020). In tal senso depone un'esigenza di semplicità e di semplificazione, la lettera dello stesso comma che presuppone implicitamente la lettera della vecchia norma² e la circostanza per cui il debole sforzo legislativo si è concentrato

atto del deposito di note scritte ed eventuali repliche ed assume i conseguenti provvedimenti. Nel caso di mancato deposito di note scritte da parte di tutte le parti, il giudice emette i provvedimenti previsti dall'articolo 309 del codice di procedura civile»".

² Lo stesso Dossier del Dipartimento Bilancio (la norma è stata inserita durante l'esame della Commissione Bilancio) afferma che "Il comma 4 dispone in merito alla possibilità di svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante il deposito telematico di note scritte. Il testo riproduce parzialmente quanto già previsto dalla lettera h) del comma 7 dell'articolo 83, la cui efficacia è limitata al 30 giugno. In particolare si prevede la possibilità,

solo su taluni degli aspetti controversi dell'art. 83 (termini e applicazione dell'art. 181 c.p.c.).

L'imperativo dell'art. 83, comma 7, lett. h) è stato tuttavia quello di consentire l'ordinaria trattazione orale della causa, e quindi la presenza negli uffici, solo quando indispensabile. Scopo della norma è stato quello, in sostanza, di escludere la presenza negli uffici di giustizia.

L'imperativo dell'art. 221, comma 4, è invece quello di consentire la trattazione scritta quando l'ordinaria trattazione orale del procedimento non appare strettamente necessaria. Scopo della nuova norma è quello di moderare e ponderare la presenza negli uffici di giustizia - per lo più inadeguati ad un ritorno alla "normalità" delle udienze ante Covid - permettendo al giudice, nei limiti prescritti, di disporre la trattazione scritta del procedimento civile, o meglio, di talune fasi dello stesso.

3. Il mix delle trattazioni

L'art. 221, comma 4 - muovendo dal presupposto che non sono più consentite molte delle misure dell'art. 83, tra cui il rinvio dei procedimenti - inserisce la possibilità di strutturare l'udienza, in cui è trattata una pluralità di procedimenti, differenziandone le forme di trattazione.

La trattazione (orale) in presenza (codice di procedura civile) è difatti affiancata dalla trattazione (orale) con collegamento da remoto (art. 221, comma 7), dalla trattazione (orale) mista (art. 221, comma 6) e dalla trattazione scritta (art. 221, comma 4).

La trattazione (orale) in presenza è tornata, dall'1 luglio 2020, a costituire la modalità ordinaria di trattazione dei procedimenti civili.

La trattazione (orale) da remoto o mista (art. 221, comma 6 e 7) si risolve essenzialmente nella possibilità di consentire, alle parti e ai difensori, la partecipazione all'udienza tramite collegamento da remoto. È confermata ancora l'impressione secondo cui la partecipazione da remoto non incida sulla forma della trattazione ma esclusivamente sulla modalità della comparizione.

La trattazione da remoto "piena" esclude totalmente la presenza in aula dei soggetti processuali, ad eccezione del giudice (art. 221, comma 6). Per essere disposta necessita del "consenso preventivo" delle parti ed è possibile per tutte quelle fasi del

per le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori (e dunque quando non siano essenziali le parti), di procedere con 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. Rispetto al testo in vigore fino al 30 giugno sono tuttavia disciplinati più nel dettaglio alcuni profili concernenti i termini...".

procedimento che non necessitano della “presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice”.

La trattazione (orale) mista coincide invece con la possibilità concessa ad “una o più parti” o ad “uno o più difensori” di comparire tramite collegamento da remoto (art. 221, comma 7). Per esser disposta richiede la sola istanza della parte interessata e presuppone che l’udienza preveda la comparizione in presenza di almeno un soggetto processuale diverso dal giudice (altre parti, altri difensori, ausiliari, informatori, testimoni, ecc.).

4. Potere del giudice e limiti

L’art. 221, comma 4, affida direttamente al giudice - in linea con una delle possibili interpretazioni dell’art. 83 secondo cui l’intermediazione del provvedimento presidenziale non era necessaria, ma solo eventuale, per attivare le forme alternative di trattazione - il potere di disporre la trattazione scritta della fase procedimentale, rimettendo alla sua valutazione la moderazione delle presenze in aula per il giorno di udienza.

I limiti espressi posti al potere del giudice sono due.

Il primo riguarda la fase procedimentale per cui può esser disposta la trattazione scritta. In continuità con l’art. 83, comma 7, lett. h), la nuova disposizione prevede tale forma di trattazione per “*le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti*” (e, può aggiungersi, del pubblico ministero).

Il secondo limite, innovativo rispetto alla disciplina precedente, è temporale. Il giudice deve disporre e comunicare alle parti il provvedimento che dispone la trattazione scritta almeno trenta giorni prima della data fissata per l’udienza.

C’è poi un terzo limite, implicito, relativo all’opportunità di trattare la singola fase del procedimento in forma orale o scritta, rimessa al prudente valutazione del giudice che deve necessariamente considerare la fase in corso, il singolo adempimento previsto, i diritti oggetto della controversia.

5. Innovazioni e questioni

5.1 I termini della trattazione scritta

L’art. 221, comma 4, introduce quattro termini relativi al potere del giudice di disposizione della trattazione scritta:

i) il provvedimento con cui il giudice dispone la trattazione scritta deve essere comunicato alle parti almeno *trenta giorni* prima della data fissata per l’udienza;

ii) il giudice assegna alle parti un termine fino a *cinque giorni* prima della predetta data per il deposito delle note scritte;

iii) ciascuna delle parti può presentare istanza di trattazione orale entro *cinque giorni* dalla comunicazione del provvedimento;

iv) il giudice provvede sull'istanza di trattazione orale entro i successivi *cinque giorni*.

5.1.1 Il termine per il deposito delle note scritte

Nel provvedimento che dispone la trattazione scritta il giudice assegna alle parti un termine (unico per le parti) fino a cinque giorni prima della data di udienza per il deposito delle note scritte.

La principale questione che pone l'innovazione legislativa riguarda le conseguenze derivanti dal mancato rispetto del termine.

La natura ordinatoria e le interpretazioni tradizionali

Il termine per il deposito delle note scritte è certamente da considerarsi *ordinatorio*, in assenza di espressa dichiarazione legislativa di perentorietà (art. 152 c.p.c.).

Parte della dottrina riconosce la validità dell'atto processuale compiuto dopo la scadenza (non prorogata) di un termine ordinatorio³. Altra parte, invece, ne afferma l'invalidità⁴, al più valutabile discrezionalmente dal giudice⁵.

In giurisprudenza si segnalano orientamenti oscillanti.

Secondo un primo indirizzo, il discrimine tra un termine ordinatorio ed uno perentorio non deve rinvenirsi tanto in una diversa forza cogente, quanto piuttosto nelle modalità pratiche attraverso cui detta *vis* si esplica: nel caso di termine perentorio, la decadenza opera *ipso iure*, essendo vietata ogni dilazione; nel caso di termine ordinatorio, invece, l'effetto preclusivo si verifica in caso di mancata concessione della proroga giudiziale prima della scadenza. Una differente soluzione, volta ad escludere che l'inosservanza del termine produca effetti giuridici, priverebbe di qualsiasi senso il dato testuale dell'art. 154 c.p.c., che consente la proroga del termine ordinatorio solo laddove non sia ancora spirato⁶. È fatta, però, sempre salva la rimessione in termini ex

³ Satta S., *Commentario al codice di procedura civile. Disposizioni generali*, I, Milano, 1966, p. 532; Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 6ª ed., Milano, 2002, p. 223.

⁴ Andrioli V., *Commentario al codice di procedura civile*, I, 3ª ed., Napoli, 1957, p. 410.

⁵ Balbi C.E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, p. 43; Mandrioli C. e Carratta A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2018, p. 255.

⁶ La giurisprudenza di legittimità ha chiarito a più riprese come il termine ordinatorio sia suscettibile di proroga solo in presenza di un'istanza *ad hoc* della parte interessata prima del suo decorso (cfr. Cassazione nn. 589/2015; 4448/2013; 23227/2010). Diversamente argomentando, non solo si violerebbe il disposto normativo, ma “*si lascerebbe la parte interessata arbitra di decidere del corso temporale del procedimento, in contrasto con l'intenzione manifestata dal legislatore nel subordinare anche la possibilità di ottenere un'ulteriore proroga alla concorrenza di motivi particolarmente gravi, e le si*

art. 153, comma 2, c.p.c., purché la decadenza si sia verificata per causa non imputabile alla parte⁷.

Stando ad un diverso indirizzo, la scadenza di un termine ordinatorio non comporta il mutamento della natura del termine medesimo e la sua trasformazione in perentorio. La conseguenza è che non si avverano preclusioni o decadenze di sorta, sempre che non si sia verificata una situazione esterna incompatibile⁸.

Il contrasto così descritto consente allora di immaginare, per il caso qui in esame e in base a quanto appena descritto, due possibili scenari interpretativi:

a) se si sposa la tesi più rigida, la nota scritta depositata oltre il termine a ritroso di cinque giorni fissato dall'art. 221, comma 4, senza presentare istanza di proroga prima della scadenza (o, anche successivamente, richiesta di rimessione in termini), non può considerarsi valida;

b) se si aderisce all'altro orientamento, la nota scritta depositata tardivamente produce i medesimi effetti della nota tempestivamente depositata.

L'onere di comparizione e la funzione del deposito della nota scritta.

La soluzione alla problematica degli effetti del tardivo deposito delle note può giungere anche per un'altra strada che richiede un passaggio preliminare utile ad avvicinarsi alla peculiarità della "nota scritta".

La funzione del deposito della nota scritta, che non è una "memoria" autorizzata dal giudice, è quella di consentire alla parte di soddisfare l'onere di comparizione per la fase del procedimento a trattazione scritta. Funzione estremamente peculiare, unica ed eccentrica rispetto al sistema codicistico.

L'art. 221, comma 4, con l'espreso richiamo all'art. 181 c.p.c., chiarisce infatti che il mancato deposito delle note scritte equivale alla mancata presenza in udienza. Di conseguenza, come la presenza delle parti (nel giorno e nel luogo fissato per l'udienza) è il modo di soddisfazione dell'onere di comparizione per la fase del procedimento trattata in forma orale, il deposito della nota scritta, nel termine fissato dal giudice, è il modo di soddisfazione dell'onere di comparizione per la fase del procedimento trattata in forma scritta. In altri termini, il provvedimento del giudice che dispone la trattazione scritta (della singola fase procedimentale) non fa venire meno l'onere di comparizione per le parti ma determina il solo mutamento della forma di soddisfazione del medesimo, vincolante per le parti e per il giudice, sino ad un diverso provvedimento di segno opposto.

L'onere di comparizione - propedeutico alla soddisfazione degli eventuali oneri previsti per la singola fase processuale - rimane quindi insoddisfatto se la parte non

consentirebbe di procrastinare ad libitum il tempo stabilito per il verificarsi dell'effetto preclusivo voluto dalla legge" (cfr. Cassazione nn. 1064/2005; 6895/2003; 10174/1998).

⁷ cfr. Cassazione n. 23227/2010.

⁸ cfr. Cassazione n. 9288/1995, confermata da Cassazione n. 420/1998; si veda anche Cassazione nn. 26039/2005 (in ordine al termine di dieci giorni assegnato al ricorrente per la notificazione del ricorso e del decreto giudiziale di fissazione dell'udienza di discussione al convenuto, in materia di controversie di lavoro) e 25662/2014 (relativamente al termine per la nomina del consulente tecnico di parte).

deposita la nota scritta. Se entrambe le parti non depositano le rispettive note, allora il giudice ne accerta la mancata comparizione e applica l'art. 181 c.p.c.

Deposito tardivo e udienza

Una volta chiarita la funzione giuridica della nota scritta - ed esplicitata la conseguenza del mancato deposito - può sostenersi che la soluzione della questione in merito alle conseguenze del tardivo deposito "passa" per l'udienza (o non passa per l'udienza).

L'interpretazione per cui, in caso di trattazione scritta, l'udienza "scompare", postula il venir meno dell'onere di comparizione visto che non vi è alcuna udienza *in* cui comparire. La conseguenza è che la nota scritta tardivamente depositata non può avere alcuna efficacia anche perché non avrebbe, in assenza del giorno di udienza, un termine ultimo di deposito.

L'interpretazione, sostenuta nel presente scritto, secondo cui l'udienza non "scompare", muove invece dal presupposto della sussistenza dell'onere di comparizione dalle parti. Agganciando la comparizione all'udienza - e specificando che l'onere di comparizione è *per* l'udienza - può affermarsi l'efficacia del deposito tardivo della nota scritta purché entro il termine ultimo del giorno (e dell'ora) di udienza⁹.

La soluzione proposta - che, come detto, muove dalla sussistenza dell'udienza (si veda par. 6) anche per la fase procedimentale a trattazione scritta - distingue tra tardivo deposito e mancato deposito della nota scritta. È tardivo quando effettuato oltre il termine dei cinque giorni. È mancato quando non interviene entro l'ora e il giorno stabilito per l'udienza.

È la stessa norma, per usare un argomento letterale, a giustificare la distinzione nella parte in cui afferma l'applicazione dell'art. 181 c.p.c. "*se nessuna delle parti effettua il deposito telematico*" senza alcun riferimento alla tardività.

L'obiezione secondo cui detta possibilità determinerebbe una lesione del contraddittorio nei confronti della parte rispettosa del termine, o meglio una violazione del principio della parità delle armi (data l'unicità del termine), è rimediabile in base al potere del giudice che, in base al proprio prudente apprezzamento, è chiamato a concedere un ulteriore termine alla parte lesa per eventuali repliche.

L'obiezione secondo cui, così ragionando, il termine previsto sarebbe inutile, non tiene conto dell'esistenza nel mondo giuridico, e processual-civilistico, di numerosi termini la cui violazione non implica conseguenza processuali e sulla circostanza per cui la norma si fonda non sulla coercizione ma sulla leale collaborazione delle parti. Senza contare che l'esperienza recente della trattazione scritta, in cui il termine per il deposito

⁹ Una soluzione simile la si rinviene in Cassazione n. 12245/1998 che, con riferimento alla trattazione scritta prevista nel vecchio testo del comma secondo dell'art. 180 c.p.c., aveva chiarito che l'omesso rispetto del termine ordinatorio unico per il deposito di note 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.

è stato disposto dai protocolli, ha dimostrato una diffusa efficacia dello stesso, pur in assenza di sanzione.

5.1.2 L'incidenza della sospensione feriale

L'art. 221, comma 4, prevede che il provvedimento con cui il giudice dispone la trattazione scritta deve essere comunicato alle parti almeno *trenta* giorni prima della data fissata per l'udienza. Ciascuna delle parti può presentare istanza di trattazione orale entro *cinque* giorni dalla comunicazione del provvedimento e il giudice provvede sull'istanza entro i successivi *cinque* giorni.

La norma pone la questione, data l'entrata in vigore il 19 luglio 2020, degli effetti della sospensione *feriale* sulla decorrenza dei termini.

Il regime sospensivo ex legge n. 742/1969 si applica senza dubbio al termine fissato per le parti per il deposito delle note scritte e a quello per la presentazione dell'istanza di trattazione orale.

La stessa conclusione non può essere seguita per il termine di 30 giorni assegnato al giudice per comunicare che l'udienza si celebrerà nelle forme della trattazione scritta.

La disciplina della sospensione dei termini processuali in periodo feriale attiene infatti all'attività dei difensori e delle parti (pubblica e privata) e non ai termini posti al giudice, tenuto conto che lo scopo di tale istituto è quello di assicurare un periodo di riposo agli avvocati¹⁰.

Del resto, né l'ordinamento giudiziario né il codice di procedura civile contengono alcuna norma che vieti al giudice di istruire, nel periodo delle ferie giudiziarie, cause di natura non urgente (non riguardanti, cioè, materie previste dall'art. 92 dell'ordinamento giudiziario vigente). Con la conseguenza che atti di direzione, istruzione e trattazione di tali cause nel periodo feriale non comportano nullità del processo o del provvedimento del giudice per vizio di costituzione di quest'ultimo¹¹.

5.2 L'applicazione della disciplina ex art. 181 c.p.c.

La norma in esame, chiarendo uno dei punti controversi del precedente art. 83, comma 7, lett. h) e in linea con l'interpretazione espressa nei protocolli di molti tribunali, prevede che “*Se nessuna delle parti effettua il deposito telematico di note*

¹⁰ Come risulta dai lavori parlamentari (Proposta di legge dell'8 settembre 1968) e da decisioni della Corte Costituzionale (nn. 222/2015, n. 49/1990, 255/1987, 53/1982) che, a tutela dei diritti della difesa, ne hanno esteso la disciplina ai termini cd. sostanziali di rilevanza processuale. Cfr. Sezioni Unite pen. nn. 7478/1996, 42361/2017; Cassazione civile n. 24620/2010.

¹¹ Cfr. Cassazione nn. 1628/1975, 1382/1962, 421/1958.

scritte, il giudice provvede ai sensi del primo comma dell'articolo 181 del codice di procedura civile".

Il mancato deposito delle note scritte è qualificato come "mancata comparizione delle parti" (art. 181 c.p.c.) al pari della fattispecie in cui "nessuna della parti si presenta all'udienza" (art. 309 c.p.c.).

5.3 L'istanza di trattazione orale

Con una previsione già presente in taluni protocolli, è possibile per ciascuna delle parti la presentazione di un'istanza di trattazione orale del provvedimento entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento che dispone la trattazione scritta.

L'istanza - che deve esser motivata per consentire al giudice la ponderazione tra le esigenze espresse dai difensori e le ragioni della trattazione scritta - non vincola il giudice alla revoca del provvedimento.

L'affermazione si fonda sullo scopo della norma e sulla ragione per cui il dissenso non è previsto come ostativo e il consenso delle parti non è previsto come necessario (diversamente da quanto espresso dal comma 7 del medesimo articolo per la trattazione da remoto).

5.4 Il provvedimento del giudice "in udienza"

La nuova disposizione non prevede più la possibilità per il giudice di provvedere "fuori udienza" all'esito del deposito delle note scritte. Al contempo, non è previsto alcun termine per il giudice entro il quale provvedere.

La norma pone due questioni principali: qual è il termine entro cui il giudice deve provvedere e qual è il termine a partire dal quale il giudice può provvedere.

L'interpretazione che tiene distinte il concetto di trattazione, udienza e comparizione - per cui se c'è trattazione del procedimento, quale ne sia la forma, allora c'è udienza - porta a ritenere che la trattazione scritta è per l'udienza in cui le parti comunque compaiono, sebbene in modo figurato. In tal ordine di senso, in caso di trattazione scritta, e al pari della trattazione in presenza o da remoto, il giudice può provvedere solo a partire dal giorno dell'udienza e, essendo venuta meno l'eccezione extracodicistica della possibilità di adottare il provvedimento "fuori udienza", deve provvedere entro il giorno dell'udienza (anche assumendo, eventualmente, la causa in riserva all'esito della valutazione delle note scritte).

5.5 Deposito senza scambio

La trattazione scritta, in continuità con l'art. 83 comma 7, lett. h), si manifesta attraverso le "note scritte".

Al pari di quanto avvenuto con la norma sopra citata, il legislatore emergenziale, nel riferirsi alle note scritte delle parti, adopera contestualmente i termini “*scambio*” e “*deposito*”.

Tuttavia, a differenza della precedente normativa emergenziale, i termini non sono più raccolti in un’endiadi (“*mediante lo scambio e il deposito*”). Il comma quarto dell’art. 221 sembra piuttosto utilizzarli come sinonimi lasciando supporre che il deposito della nota scritta con modalità telematica sia più che idoneo a soddisfare l’esigenza di contraddittorio che la norma intende garantire.

In effetti, il deposito telematico di un documento ha il duplice effetto di perfezionare la sua acquisizione agli atti del fascicolo telematico e consentirne la ricezione nella sfera di conoscenza della controparte (che può agilmente prenderne visione in via telematica).

Peraltro, se l’*intentio legis* fosse stata nel senso di valorizzare distintamente l’operazione di “*scambio*”, ci si sarebbe aspettati che la disposizione regolasse cronologicamente il deposito delle note difensive (ad esempio, con la concessione di termini *sfalsati*, così da garantire una più efficace interlocuzione tra le parti, come previsto in taluni protocolli). Invece, l’art. 221, comma 4 prevede per il deposito delle note un termine unico per tutte le parti.

5.6 Il giuramento del c.t.u.

Il comma 8 dell’art. 221 recita: “*In luogo dell’udienza fissata per il giuramento del consulente tecnico d’ufficio ai sensi dell’articolo 193 del codice di procedura civile, il giudice può disporre che il consulente, prima di procedere all’inizio delle operazioni peritali, presti giuramento di bene e fedelmente adempiere alle funzioni affidate con dichiarazione sottoscritta con firma digitale da depositare nel fascicolo telematico*”.

La norma disciplina la forma attraverso cui il c.t.u. partecipa all’udienza di giuramento, colmando una lacuna lasciata dalla precedente legislazione emergenziale¹², consentendo al giudice di disporre che, in luogo del giuramento in presenza il giorno dell’udienza, il consulente depositi apposita dichiarazione, sottoscritta digitalmente, contenente il giuramento menzionato dall’art. 193 c.p.c. In altri termini la norma, escludendo la presenza del c.t.u., consente di configurare l’udienza per il giuramento come una di quelle che non richiede “la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti” (art. 221, comma 8). La medesima norma, incidendo solo sulla modalità di partecipazione del c.t.u., consente comunque di attuare una modalità mista con presenza delle parti in udienza o con il collegamento delle stesse da remoto.

La discutibile formulazione della disposizione impone almeno tre rilievi:

a) la norma è rivolta al solo *c.t.u.*: non sarà quindi possibile ricorrere alla forma scritta per i giuramenti previsti per altri ausiliari giudiziari (ad esempio, l’esperto e lo

¹² Che già era parsa ovviabile facendo ricorso al il giuramento *telematico* dell’ausiliare (ossia mediante deposito di nota scritta contenente l’accettazione dell’incarico), da tempo ammesso in molti tribunali e avallato dalla delibera del CSM dell’11.10.2017 relativa alle buone prassi in materia di esecuzioni immobiliari.

stimatore ex art. 161 disp. att. c.p.c. o il curatore dell'eredità giacente ex art. 193 disp. att. c.p.c.);

b) l'ipotesi disciplinata è solo quella dell'udienza di *giuramento* ex art. 193 c.p.c.; deve allora escludersi che all'udienza in cui il c.t.u. venga convocato per esprimere il proprio parere o fornire chiarimenti possa farlo a mezzo di nota scritta;

c) il deposito della dichiarazione contenente il giuramento può essere effettuato "*prima di procedere all'inizio delle operazioni peritali*"; con questa previsione sembra dunque spostarsi in avanti il momento del giuramento, consentendo che possa avvenire anche dopo il conferimento dell'incarico (e quindi anche dopo l'emissione dell'ordinanza con cui il giudice dispone i termini per lo scambio di relazione e osservazioni tra parti e c.t.u.)¹³.

5.7 Il verbale

L'art. 221, comma, 4 non è intervenuto a chiarire se la trattazione scritta vada comunque raccolta in un verbale di udienza (a comparizione figurata).

Come già rilevato per l'art. 83, comma 7, lett. h), la trattazione scritta, prescindendo dall'oralità¹⁴, sembra non rendere indispensabile un atto scritto propedeutico al provvedimento del giudice.

Tuttavia, si possono individuare tre elementi che inducono a riconoscere quantomeno un'utilità del "verbale", con la precisazione che l'atto in questione ha un funzione in parte diversa dal codicistico processo verbale¹⁵: a) la circostanza secondo cui con la trattazione scritta vi è comunque un giorno di udienza per cui le parti hanno l'onere di comparire, seppur in modo *figurato*; b) il fatto che la norma rimandi alla disciplina ex art. 181 c.p.c. in caso di mancato deposito delle note (e, quindi, in assenza di note scritte, si presenta quantomai pratica la rilevazione a mezzo verbale della mancata comparizione figurata); c) in ogni caso, la necessità di accertare la regolarità delle comunicazioni e l'avvenuto deposito delle note.

6. Trattazioni. Comparizioni. Udienza

La tesi del presente scritto (e dei precedenti) - sulla cui base sono sostenute le soluzioni proposte alle problematiche poste dalla trattazione scritta - muove dalla

¹³ Al riguardo, è bene rammentare che, in ogni caso, resta valido il giuramento prestato in un momento successivo al conferimento dell'incarico ed anche contestualmente al deposito della relazione tecnica (cfr. Cass. n. 3907/1974, 2460/1967).

¹⁴ La necessità di attestare quanto avviene nel processo discende dal carattere *orale* che contraddistingue il processo civile, il quale comporta l'esigenza di una trasposizione scritta al fine di lasciare traccia delle attività svolte: Satta S., *Diritto processuale civile*, Cedam, 2000, p. 203.

¹⁵ Il processo verbale è il documento in cui si dà conto degli atti che vengono posti in essere nel corso dell'udienza. Deve contenere l'indicazione delle persone intervenute, le loro dichiarazioni (art. 44 disp. att. c.p.c.) e la descrizione delle circostanze di luogo e di tempo nelle quali gli atti che documenta sono compiuti (art. 126 c.p.c.).

premessa per cui udienza, trattazione e comparizione sono concetti distinti, resi multidimensionali dalla normativa emergenziale. La conclusione è che esistono più forme in cui avviene la trattazione (orale o scritta) della causa, plurime modalità in cui viene soddisfatto l'onere della comparizione (in presenza, da remoto, in modo figurato) e che la forma di trattazione, ovvero della comparizione, determina la conformazione dell'udienza, non la relativa esistenza.

6.1 Trattazione orale e scritta

La trattazione è l'attività preparatoria del giudizio programmata e impostata dalle parti e dal giudice (artt. da 180 a 190 c.p.c.).

La forma della trattazione è la modalità attraverso cui i soggetti del processo si relazionano e comunicano tra di loro¹⁶. È la sintesi della forma degli atti del processo espressi nell'udienza, in prevalenza orali e formali, che possono comunque essere compiuti, nei limiti delle diverse previsioni di legge, nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo (art. 121 c.p.c.).

La trattazione, afferma l'art. 180 c.p.c., è orale. Le parti si relazionano e comunicano in forma orale, quindi intervenendo contestualmente, e di essa si redige processo verbale.

La trattazione, afferma l'art. 221, comma 4 - in continuità con l'art. 83, comma 7, lett. h), d.l. n. 18/2020 - può essere anche scritta. Le parti si relazionano e comunicano mediante il solo deposito telematico di note. La trattazione scritta, consentita per il periodo emergenziale, è diversa sia da quella prevista dalla vecchia formulazione dell'art. 180 post-riforma del 1950 e dall' art. 83 *bis* disp. att. c.p.c., sia da quella di cui all'art. 281 *quinquies* c.p.c., inclusive comunque di una parte di oralità.

6.2 Comparizione in presenza, da remoto, figurata

Comparizione è la partecipazione effettiva - all'udienza e a mezzo del difensore - della parte costituita. Tramite la comparizione la parte soddisfa un onere (art. 181 e 82 c.p.c.) ed esercita i poteri processuali attribuiti.

L'onere di comparizione ha, attualmente, tre differenti modalità di soddisfazione: in presenza, da remoto mediante collegamento, per iscritto mediante il deposito della nota.

La comparizione delle parti *in* udienza si manifesta, ordinariamente, attraverso la presenza all'udienza stabilita (art. 309 c.p.c.).

La comparizione delle parti può avvenire altresì attraverso il collegamento da remoto (art. 221, comma 6 e 7).

¹⁶ Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, Tomo II, Giappichelli, 2011, p. 72.

L'art. 221, comma 4 (in continuità con l'art. 83, comma 7, lett. h), d.l. 17 marzo 2020, n. 18) inserendosi nello spettro dell'art. 121 c.p.c., consente alle parti una comparizione in senso figurato in quanto le parti sono "rappresentate" e partecipano al giudizio, soddisfacendo l'onere ed esercitando i poteri processuali, per mezzo di una nota scritta. L'ultima parte del comma - per cui se nessuna delle parti effettua il deposito telematico di note scritte, si applica l'art. 181 c.p.c. - richiama espressamente per la trattazione scritta la norma cardine, prevista nel codice di procedura civile, sull'onere di comparizione delle parti.

6.3 Udienza

L'udienza in cui la causa è trattata in forma scritta non scompare, per tre ragioni.

La prima ragione è concettuale, la seconda è (a)letterale, la terza ragione è che di fronte alla complessità (o confusione normativa, che dir si voglia) servono regole e soluzioni semplici.

La prima ragione è di ordine concettuale, perché è necessario chiarire cosa si intenda per "udienza", prima di annunciarne la fine.

Udienza è il luogo e il giorno in cui, e per cui, i soggetti del processo hanno l'onere di comparire, dinanzi al giudice (art. 84 disp. att. c.p.c.), e compiere determinati atti del processo.

Il giorno è programmato dal presidente del tribunale che determina i giorni della settimana in cui i magistrati devono tenere udienza¹⁷ o dal magistrato¹⁸. Il giorno dell'udienza è il termine in cui soddisfare l'onere di comparizione, il momento in cui compiere specifiche attività previste dal codice ovvero il termine di riferimento entro cui compierle.

Il luogo dell'udienza è il tribunale adito e l'aula, o per questa altra sala, dove è presente il giudice designato (artt. 163, n. 1, 414 c.p.c.)¹⁹.

Il giudice è l'unico soggetto necessario per l'udienza, e su di esso grava il dovere di "tenerla" e dirigerla²⁰. L'assenza degli ulteriori soggetti che hanno l'onere o il dovere di presenziare ha diversificate conseguenze sul processo - il rinvio, ad esempio (artt. 164, 181 c.p.c.) - ma non sull'udienza che deve essere comunque tenuta dal giudice.

¹⁷ Artt. 163 c.p.c., 69 *bis*, 80, 113 disp. att. c.p.c.; artt. 201 e 202 della Circolare CSM sulla formazione delle tabelle; ed è indicato, per la singola causa, dalla parte (art. 163 c.p.c.).

¹⁸ Artt. 168 *bis*, 175, 415 c.p.c., 81 e ss. disp. att. c.p.c.).

¹⁹ Le ipotesi in cui l'attività processuale può svolgersi al di fuori del tribunale sono tassativamente stabilite (ad esempio: artt. 203, 255, 259, 262 e 421 c.p.c.) e l'art. 67 disp. att. c.p.c. - che consentiva al giudice conciliatore di tenere le udienze, in caso di urgenza, nella propria abitazione - è stato abrogato.

²⁰ Artt. 127, 168 *bis* c.p.c., 80 disp. att. c.p.c. e ss.; art. 202 Circolare CSM sulla formazione delle tabelle.

L'udienza non è un mero contenitore ma uno spazio-tempo in cui si verifica la trattazione della causa. La trattazione, o meglio la sua forma, ne determina la struttura e ogni qualvolta vi è trattazione di almeno un procedimento, allora vi è udienza.

Nell'udienza in cui la causa è trattata oralmente l'onere di comparizione è soddisfatto con l'intervento contestuale delle parti e del giudice e con il compimento degli atti processuali in forma orale. L'intervento contestuale dinanzi al giudice pretende un giorno e un luogo materiale, o virtuale, in cui realizzarsi. Giustifica la presunzione assoluta per cui i provvedimenti resi si ritengono conosciuti (art. 176 c.p.c.). Richiede la necessità di documentare i soggetti intervenuti, le attività compiute e per questo si redige processo verbale (artt. 126, 180 c.p.c., 84 disp. att. c.p.c.). Asseconda quella concentrazione e immediatezza che si manifesta, con la massima evidenza, nella decisione a seguito di trattazione orale (artt. 281 sexies, 429 c.p.c.).

Nell'udienza in cui la causa è trattata per iscritto l'onere di comparizione è soddisfatto con il solo deposito (telematico) di documenti scritti, le note di comparizione, tramite cui le parti compiono altresì gli atti processuali. La comparizione figurata necessita di un giorno - sia perché la trattazione scritta non incide sul calendario delle udienze, sia per la necessità di un riferimento temporale per l'attività delle parti e del giudice - ma non di un luogo materiale o virtuale in cui realizzarsi, vista la non necessaria contestualità. Il luogo rimane, come riferimento geografico e come dimensione, ed è la stanza a scomparire. La scrittura rende ultronea la necessità di documentare quel che accade nella contestualità, e quindi il processo verbale, rimanendo indispensabile comunque verificare e dare atto della comparizione, o della sua mancanza, al fine di provvedere nel contraddittorio delle parti (e quindi redigere un atto, il giorno dell'udienza, che comunque ha la stessa sostanza del verbale). La comparizione figurata esclude la presunzione dell'art. 176 c.p.c. La discussione tramite atti scritti elide la concentrazione e l'immediatezza della fase decisoria, non il contraddittorio, consentendo comunque la decisione ex artt. 281 sexies c.p.c. o 429 c.p.c.

La seconda ragione è (a) letterale, perché la formulazione dell'art. 221, comma 4, è ingannevole.

La disposizione afferma che le udienze civili sono "sostituite dal deposito telematico di note scritte", richiamando il concetto di "sostituzione" usato altresì nella norma relativa all'udienza per il giuramento del c.t.u. (art. 221, comma 8).

Il legislatore, in tale ipotesi, sembra aver utilizzato impropriamente il termine "udienza", sovrapponendo il relativo concetto a quello di trattazione. In tal senso depongono tre elementi.

In primo luogo, il concetto di sostituzione utilizzato non coincide con nessun istituto processuale (es. art. 81 c.p.c.), né con il concetto comune di "sostituzione" il quale implica l'avvicendamento di elementi aventi la medesima natura (un'udienza non potrebbe essere "*sostituita*" da ciò che udienza non è²¹). Se il legislatore avesse voluto

²¹ A meno di non voler riconoscere l'esistenza di una non-udienza, pericolosamente evocativa dei non-compleanni raccontati dal reverendo Lewis Carroll.

eliminare l'udienza avrebbe configurato il provvedimento del giudice che dispone la trattazione scritta come un provvedimento di revoca dell'udienza, strutturando diversamente la cadenza dei termini per il deposito delle note scritte (25 giorni dalla comunicazione del provvedimento, invece che con provvedimento comunicato 30 giorni prima dell'udienza, con ulteriore termine di 5 giorni prima dell'udienza per il deposito delle note) e figurando il termine decisorio per il giudice secondo uno schema simile a quello dell'art. 183, comma 7, c.p.c.

In secondo luogo, la previsione della possibilità per le parti di presentare istanza “*di trattazione orale*” suggerisce, con immediatezza, che ad esser sostituita è solo la forma di trattazione.

In terzo luogo, il richiamo alla disciplina del primo comma dell'art. 181 c.p.c. determina la qualificazione del mancato deposito delle note scritte come mancata comparizione delle parti ad un'udienza che, in qualche modo, deve esserci²².

La terza ragione risponde ad un bisogno di semplificazione.

La tesi per cui l'udienza “scompare” (o meglio, la fissazione dell'udienza viene revocata per effetto del provvedimento di trattazione scritta e l'udienza diviene un mero termine) determina una serie di problemi concettuali e pratici complessi da risolvere in assenza di disposizioni legislative. La sottrazione di un elemento è solo in apparenza semplificatorio in quanto l'udienza è la parte centrale di un sistema complesso di atti e posizioni giuridiche soggettive, il procedimento civile.

È il rasoio di Occam, spinto dagli arabeschi legislativi, a suggerire che, in ogni caso e ove possibile, è preferibile evitare ipotesi complesse (e che semplicità non significa facilità).

²² L'art. 181 c.p.c. non trova mai applicazione nelle ipotesi in cui l'udienza non si tiene. Significativo è il caso in cui, ad esempio, le parti omettano il deposito delle memorie ex art. 183 c.p.c. (art. 183, comma 7, c.p.c.) e per cui non si applica l'art. 181 c.p.c.