

Riflessioni sui cambiamenti introdotti dalla legislazione dell'emergenza

Dal D.L. 18/2020 alla conversione del «Decreto Rilancio»

«Udienza da remoto» e «trattazione scritta»

- Art. 83, comma 7, lettere f) ed h), D.L. 18/2020, conv. con modificazioni in legge 24 aprile 2020, n. 27 (in vigore dal 30.4.2020) e ulteriormente modificato dal D.L. 30 aprile 2020, n. 28 (in vigore dal 1.5.2020)
- La legge n. 70 del 2020, di conversione del D.L. 28/2020, ha riportato al 30 giugno 2020 – in luogo del 31 luglio 2020 – la data di conclusione della fase emergenziale nel settore della giustizia

«Udienza da remoto»

- 7. Per assicurare le finalità di cui al comma 6, i capi degli uffici giudiziari possono le seguenti misure:
- ...
- f) la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e *dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzate all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione* mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire **con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario e** con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. 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 di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale;

«Trattazione scritta»

- 7. Per assicurare le finalità di cui al comma 6, i capi degli uffici giudiziari possono adottare le seguenti misure:
- ...
- h) lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice;

Strumenti per il collegamento da remoto: provvedimenti Direttore Generale

- Nota del 28/2/2020, oggetto: «*Utilizzo Skype for Business per conversazioni audio-visive a distanza*», ma soprattutto
- Provvedimento n. 3413 del 10/3/2020, art. 2:

«... Le udienze civili possono svolgersi mediante collegamenti da remoto organizzati dal giudice utilizzando i seguenti programmi attualmente a disposizione dell'Amministrazione e di cui alle note già trasmesse agli Uffici Giudiziari (prot. DGSIA nn. 7359.U del 27 febbraio 2020 e 8661.U del 9 marzo 2020):

- *Skype for Business;*
- *Teams.*

I collegamenti effettuati con i due programmi su dispositivi dell'ufficio o personali utilizzano infrastrutture di quest'amministrazione o aree di data center riservate in via esclusiva al Ministero della Giustizia»

In ultimo, provvedimento del Direttore Generale del 21/5/2020

- Art. 2 (Strumenti di partecipazione a distanza nella disponibilità dell'amministrazione), lettera c): MVC2: *«servizio reso con canale di comunicazione criptato su rete telematica pubblica utilizzabile sia dall'interno sia dall'esterno della Rete Unitaria Giustizia, senza sala regia, con un sistema di gestione e controllo su cloud ibrido in aree (tenant) di data center ubicati nel territorio dell'Unione Europea (Repubblica di Irlanda e Regno dei Paesi Bassi) e amministrato dalla Direzione generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia; assicura il collegamento audiovisivo a distanza sino ad un massimo di 250 partecipanti e con la visibilità contemporanea di 9 di essi»*
- La lettera d) si riferisce a Skype for Business
- Art. 3: le udienze civili si svolgono con gli strumenti di cui all'art. 2, lett. c) e d)

Linee Guida del CSM

- Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19 integralmente sostitutive delle precedenti assunte (Delibera Plenaria del marzo 2020)
- «si raccomanda di assumere i provvedimenti di cui all'art. 83, commi 5) e 6) del D.L. n. 18/2020 per iscritto ed attraverso procedure partecipate, idonee a coinvolgere - con modalità anche informali, compatibili con il rispetto delle misure igienico-sanitarie prescritte nonché con le sussistenti ragioni di urgenza - in funzione consultiva i componenti dell'ufficio, l'avvocatura ed il personale amministrativo, in armonia con i principi consolidati che governano a livello ordinamentale l'organizzazione degli uffici»
- «Proposte di protocollo» per udienza da remoto e trattazione scritta (pagg. 15 e ss.) redatte a seguito di interlocuzione con la DGSIA (Direzione Generale dei Servizi Informativi Automatizzati) ed il CNF (Consiglio Nazionale Forense)

Ed infine ...

- Legge 77/2020 (in vigore dal 19 luglio u.s.), con cui è stato convertito con modificazioni il «Decreto Rilancio» (D.L. 34/2020)
- Sostituito articolo 221 e rubricato *«Modifica all'articolo 83 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e disposizioni in materia di processo civile e penale»*
- Secondo comma: *«Tenuto conto delle esigenze sanitarie derivanti dalla diffusione del COVID-19, fino al 31 ottobre 2020 si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 10»*
- Analizziamo le principali novità, anche alla luce dell'esperienza maturata sotto il regime previgente

Deposito telematico anche di atti introduttivi; pagamento telematico del contributo unificato

- Primo periodo del comma 3: *«Negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico, anche gli atti e i documenti di cui all'articolo 16-bis, comma 1-bis, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, sono depositati esclusivamente con le modalità previste dal comma 1 del medesimo articolo»*
- Secondo periodo dello stesso comma. Obbligo di pagamento c.u. assolto *«con sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica prevista dall'articolo 5, comma 2, del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82»*

Intermezzo: obbligo di deposito telematico per il giudice

- Legge 70/2020 (di conversione del D.L. 18/2020)
- c-ter) dopo il comma 11 e' inserito il seguente: "11.1.Dal 9 marzo 2020 al 31 luglio 2020, nei procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione innanzi al tribunale e alla corte di appello, il deposito degli atti del magistrato ha luogo esclusivamente con modalita' telematiche, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. E' comunque consentito il deposito degli atti di cui al periodo precedente con modalita' non telematiche quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti

«Trattazione scritta»

- Art. 221, comma 4: «**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»

Prime riflessioni su aspetti positivi

- Il giudice «*può disporre*»: è l'unico caso in cui viene dato al giudice il potere di impulso
- Ambito di applicazione invariato: udienze con i soli difensori
- Tempistica molto ben scandita, a differenza di quanto accadeva con la vecchia lettera h) (proliferazione di protocolli)
- Si chiarisce definitivamente la questione della possibilità di estinguere il processo per inattività delle parti in caso di omesso deposito delle «note scritte» (proposta protocollo CSM non lo prevedeva, non contemplando una previsione analoga a quella dedicata alla «udienza da remoto»; in dottrina si sollevavano dubbi; alcuni protocolli risolvevano la questione con un esercizio di buon senso: 2° 309 a settembre!)

Primi problemi...

- Scompare la precisazione secondo cui il provvedimento del giudice viene adottato «*fuori udienza*» (cfr. «vecchia» lettera h)
- Recepita la prassi della «udienza figurata»? Più probabilmente è una omissione consapevole, visto che l'udienza «è sostituita» dalle note scritte
- Problema della sentenza contestuale: sono ancora attuali – anche alla luce di quanto precede – i vecchi dubbi interpretativi (*vulnus* alla effettiva esplicazione del contraddittorio e non conciliabilità con la lettera del codice di rito)?

Grave problema pratico

- Il giudice deve far comunicare alle parti il provvedimento con cui si dispone la trattazione scritta *«almeno trenta giorni prima della data fissata per l'udienza»*
- Natura endoprocedurale, quindi è davvero difficile sostenere che non sia un termine processuale; ne discende il suo assoggettamento alla sospensione feriale di cui alla legge 742/1969, anche perché le eccezioni, per costante giurisprudenza, hanno carattere tassativo
- Conseguenze della violazione? Nullità (Cass. 2978/1996; Cass. 875/1986), che però si sana se le parti si costituiscono (o – nel nostro caso – depositano note scritte) senza contestazioni (Cass. 6544/1987) o comunque non siano pregiudicate nelle loro difese (Cass. 2978/1994; Cass. 110/1986)

Cosa succede se la parte si oppone?

- Possibilità di formulare *«istanza di trattazione orale entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento»*
- Tuttavia spetta al giudice la direzione dell'udienza (art. 127 c.p.c.) e soprattutto la direzione del procedimento (art. 175 c.p.c.)
- La Cassazione ha chiarito il combinato disposto degli artt. 127 e 175 c.p.c. va interpretato alla luce del fondamentale diritto alla ragionevole durata del processo, diritto che impone al giudice di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo a una sollecita definizione dello stesso; tra questi rientrano certamente le condotte che si traducono in un inutile dispendio di energie processuali e le formalità da ritenere superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e in particolare dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a esplicare i suoi effetti (Cass. 5294/2014; Cass. 15106/2013; Cass. 13986/2010)
- Insomma, il giudice è collocato al centro del processo di cognizione come elemento propulsore (MANDRIOLI, CARRATTA) ed è quindi dotato di poteri discrezionali, che vanno esercitati tenendo conto del fatto che il egli deve ergersi a garante del «giusto processo» (altrimenti ne risponde in sede disciplinare)
- Quindi credo che l'istanza di trattazione orale debba essere motivata con riferimento a specifiche esigenze che impongono l'udienza «in presenza» per garantire l'effettiva esplicazione del contraddittorio

Sorte del provvedimento con cui il giudice disattende l'istanza di trattazione orale

- La parte potrebbe dedurre una violazione del contraddittorio
- Questo vizio è soggetto alla regola generale secondo cui la nullità che ne deriva è sottoposta alla regola della sanatoria per raggiungimento dello scopo (art. 156, comma 3, c.p.c.) e al principio della conversione delle cause di nullità in motivi di impugnazione (art. 161, comma 1, c.p.c.)
- In verità lo scopo non è raggiunto, perché l'udienza non si è tenuta
- Rimane pur sempre da considerare che il contraddittorio non è totalmente mancato, quindi la nullità è relativa (non assoluta) e pertanto deve essere eccepita in occasione della prima difesa utile (art. 157, comma 2, c.p.c.), cioè nelle note scritte
- Se la parte deposita le note scritte senza eccepire alcunché, forse si ha addirittura rinuncia tacita a far valere il vizio ex art. 157, comma 3, c.p.c. (cfr. Cass. 3511/1979, relativa a fattispecie di partecipazione all'udienza in assenza di cancelliere)

Sorte della sentenza pronunciata dal giudice che disattende l'istanza di trattazione orale

- Cass. 28229/2017: «L'omessa fissazione, nel giudizio d'appello, dell'udienza di discussione orale, pur ritualmente richiesta dalla parte ex art. 352 c.p.c., non comporta necessariamente la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa, giacché l'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., nel consentire la denuncia di vizi di attività del giudice che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, **non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria**, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato "error in procedendo"; sicché, avendo la discussione della causa nel giudizio d'appello una **funzione meramente illustrativa** delle posizioni già assunte e delle tesi già svolte nei precedenti atti difensivi e non sostitutiva delle difese scritte ex art. 190 c.p.c., per configurare una lesione del diritto di difesa non basta affermare, genericamente, che la mancata discussione ha impedito al ricorrente di esporre meglio la propria linea difensiva, essendo al contrario necessario indicare **quali siano gli specifici aspetti che la discussione avrebbe consentito di evidenziare o approfondire**, colmando lacune e integrando gli argomenti ed i rilievi già contenuti nei precedenti atti difensivi»
- Da questa sentenza si ricava anche che la pronuncia della sentenza contestuale con trattazione scritta deve essere preceduta dalle «note difensive» sul modello dell'art. 429, comma 2, c.p.c., non solo dalle «note scritte»

«Udienza da remoto»

- Comma 7 (che è la disposizione generale, anche se viene dopo la previsione del comma 6 di cui si dirà *infra*): *«Il giudice, con il **consenso preventivo delle parti, può disporre** che l'udienza civile che non richieda la presenza di soggetti diversi dai **difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice**, anche se finalizzata all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione, si svolga mediante **collegamenti audiovisivi a distanza** individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. L'udienza è tenuta con la **presenza del giudice nell'ufficio giudiziario** e con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice dispone la **comunicazione** ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, del giorno, dell'ora e delle modalità del collegamento. All'udienza il giudice dà atto delle modalità con cui **accerta l'identità dei soggetti partecipanti e, ove si tratta delle parti, la loro libera volontà**. Di questa e di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale»*

Prime riflessioni

- Ambito di applicazione invariato, salvo quanto si dirà *infra* su consenso preventivo delle parti: udienze con parti, difensori e ausiliari
- Collegamenti audiovisivi mediante applicativi individuati dal DGSIA (cfr. quanto detto *supra*)
- Confermata, per il giudice, la presenza obbligatoria in ufficio
- Ma da dove si collega la parte? Vedi comma 6 ...
- Non viene previsto termine minimo per la comunicazione (proposta protocollo CSM contempla preavviso minimo di 7 giorni)
- Accertamento identità e libera volontà: proposta protocollo CSM prevede che il giudice: 1) «prende atto della dichiarazione di identità» dei difensori e delle parti; 2) «*prende atto della espressa dichiarazione dei difensori delle parti in merito alle modalità di partecipazione della parte assistita al momento dell'udienza*» nonché delle dichiarazioni relative all'assenza di collegamenti con terzi e della «non presenza fisica» di terzi (vedi simulazione)

Novità

- Udienza da remoto solo «*con il consenso preventivo delle parti*»: limite al potere giudiziale di direzione del procedimento (cfr. già citato art. 175 c.p.c.) per tutelare apprezzabili esigenze che forse avrebbero potuto essere salvaguardate con la possibilità di formulare opposizione per motivi oggettivi
- A dispetto del tenore letterale della legge, sembra sufficiente il consenso dei difensori, che ben potrebbe essere acquisito in udienza e verbalizzato contestualmente all'indicazione della data del rinvio
- Pur in presenza del consenso preventivo, il giudice «*può disporre*»: si riespande il potere di direzione del procedimento?

Novità ancor più dirompente

- Comma 6: *«La partecipazione alle udienze civili di una o più parti o di uno o più difensori può avvenire, **su istanza dell'interessato**, mediante collegamenti audiovisivi a distanza, individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. La parte può partecipare all'udienza solo dalla **medesima postazione** da cui si collega il difensore. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione. L'istanza di partecipazione mediante collegamento a distanza è depositata **almeno quindici giorni prima della data fissata per lo svolgimento dell'udienza**. Il giudice dispone la comunicazione alle parti dell'istanza, dell'ora e delle modalità del collegamento **almeno cinque giorni prima dell'udienza**. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui accerta l'identità dei soggetti partecipanti a distanza e, ove si tratta delle parti, la loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale»*

Prime riflessioni...

- Su istanza del difensore o della parte, ma se l'istanza proviene dalla parte non può che essere veicolata dal difensore
- Comunque la parte deve collegarsi dalla medesima postazione da cui si collega il difensore: in questo senso pare recepita l'indicazione di molti protocolli; quello del CSM ammetteva la possibilità di collegamenti da postazioni distinte. Ma nel caso del comma 7 non viene detto nulla: rimane questa possibilità?
- In questo caso c'è una regolamentazione della tempistica: istanza 15 giorni prima, comunicazione del giudice 5 giorni prima. Ma cosa succede se l'altra parte si oppone? Prima ancora: l'altra parte può opporsi? Sembra di no
- Perché in questo caso non è ribadita l'obbligatorietà della presenza in ufficio del giudice?
- Perché non viene ripetuta la formula limitativa «classica» («*udienza civile che non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice*»)?
- Si legittima l'udienza mista (in parte in presenza, in parte da remoto). Problemi di allestimento dell'ufficio del giudice (doppio schermo, doppia webcam, doppio microfono, pena *vulnus* al contraddittorio) e probabili ricadute negative sull'organizzazione delle udienze (l'udienza da remoto richiede un tempo di trattazione più dilatato)

Possibili soluzioni

- Il giudice «dispone la comunicazione alle parti», quindi sembra vincolato dalla richiesta dell'interessato
- In realtà nella prima parte dell'articolo si legge che la partecipazione all'udienza «*può avvenire*» mediante collegamenti a distanza: probabilmente si può fare leva su questa locuzione per sostenere che il potere di direzione del procedimento di cui all'art. 175 c.p.c. rimane intatto, di talché il giudice può **motivatamente** disattendere l'istanza

Infine: recepimento della prassi del «giuramento cartolare» del CTU

- Comma 8: *«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»*

Riflessioni...

- Problemi di compatibilità con il SICID
- Criticità del «giuramento telematico»: per consentire alle parti di formulare rilievi critici all'indirizzo del quesito, occorre instaurare un «contraddittorio cartolare» molto gravoso per la cancelleria. Si potrebbe ovviare fissando udienza in presenza, convocando però i soli difensori. In tal caso il verbale dell'udienza verrà depositato dal giudice con un «allegato» in calce (il modulo per il giuramento telematico del CTU); dopo l'udienza, il verbale con il modulo in calce verrà inviato al CTU tramite PEC ; il modulo dovrà essere sottoscritto dal CTU e da lui depositato telematicamente
- Udienza sembra necessaria anche perché la norma non sembra estendere la trattazione scritta oltre il suo ambito di applicazione naturale (che è quello delle udienze con i soli difensori)
- Non viene riprodotta la lett. h-bis dell'art. 83, comma 7, che prevedeva «*lo svolgimento dell'attività degli ausiliari del giudice con collegamenti da remoto*»

Fine

Grazie per l'attenzione