



FRANCESCA FERRARI

Il problema del *trial by ambush* nell'esperienza elvetica: diritto di replica implicito, incondizionato o *perenne*?

1. Introduzione.

Tra gli ambiti del diritto processuale svizzero che hanno visto, di recente, una più significativa evoluzione giurisprudenziale vi è, senza dubbio, quello del diritto di replica: tale evoluzione, della quale si cercherà di dar conto nel presente contributo, ha avuto come motore di avvio una pluralità di pronunce, in rapida successione, della Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e si è sviluppata, in un periodo relativamente breve, tramite una serie di sentenze del Tribunale Federale, la più alta istanza giurisdizionale del Paese.

Per meglio comprendere quanto si dirà nel prosieguo, è innanzitutto necessario fare alcuni, rapidissimi cenni in merito al quadro normativo nazionale sul quale le sentenze della CEDU sono andate ad innestarsi, come pure sui principi elaborati dalla CEDU in riferimento all'art. 6.

La Costituzione Federale della Confederazione Svizzera, all'art. 29, comma 2, prevede come garanzia procedurale generale che «Le parti hanno diritto ad essere sentite»: ciò include, *inter alia*, il diritto per le parti di avere conoscenza di tutti i documenti e gli atti contenuti nel fascicolo processuale e di esprimersi su tutti i punti, di fatto e di diritto, rilevanti per la pronuncia del giudice; è un principio generale, che si applica a tutte le procedure giurisdizionali ed amministrative, cantonali o federali, che si concludano con l'emissione di un provvedimento individuale, e la sua inosservanza è un vizio formale che determina la nullità del provvedimento¹.

In ambito processual-civilistico, l'art. 53 CPC (rubricato «Diritto di essere sentiti»), collocato nella parte generale del Codice - e quindi valido per tutti i procedimenti ivi disciplinati - recita: «1. Le parti hanno il diritto di essere sentite. 2. Le parti hanno segnatamente il diritto di consultare gli atti e di farsene rilasciare copia, sempre che preponderanti interessi pubblici o privati non vi si oppongano».

Le disposizioni della parte speciale del CPC, in genere, non prevedono scambi di memorie che vadano oltre al primo, se non in casi molto limitati e di norma a discrezione del giudicante: ad esempio, gli artt. 222 e ss. CPC stabiliscono, da un lato, che il Giudice *deve* assegnare un termine al convenuto per presentare una risposta scritta alla domanda dell'attore (e, a costui, un ulteriore termine solo in caso di domande riconvenzionali), ma dall'altro che egli può - solo «se le circostanze lo richiedono» - ordinare un secondo scambio di scritti (art. 225 CPC); analogamente, l'art. 232, comma 2, stabilisce che le parti possono depositare note scritte conclusive in sostituzione delle arringhe finali, ma non prevede che l'attore abbia facoltà di replicare alle conclusioni del convenuto.

Per quanto riguarda i procedimenti innanzi al Tribunale Federale, invece, è previsto espressamente che «di regola non si procede a un ulteriore scambio di scritti» (art. 102 LTF).

Ebbene, è rispetto a questo quadro normativo che la Corte Europea, come meglio si dirà *infra*, ha emesso una serie di sentenze di condanna verso la Svizzera per violazione dell'art. 6, com. 1, della Convenzione.

¹ J.F. AUBERT - P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurigo/Basilea/Ginevra, 2003, *sub art. 29, passim*.



Senza voler entrare nel dettaglio della lunga elaborazione giurisprudenziale della CEDU su tale norma - tema che richiederebbe ben altro spazio di approfondimento - per quanto qui interessa basti ricordare la Corte ha, in più occasioni, affermato che il diritto a un procedimento equo comporta, in linea di massima, che le parti di un procedimento abbiano la possibilità di conoscere tutte le prove addotte o le osservazioni depositate in giudizio che possano influenzare la decisione del tribunale e, una volta presane conoscenza, di esprimersi su di esse, e ciò sia qualora tali prove o osservazioni provengano dalla controparte, sia qualora provengano da un altro soggetto, quale il giudice di prime cure, un magistrato indipendente o un terzo².

Peraltro, ferme le differenze dogmatiche tra parità delle armi e principio del contraddittorio³, i giudici di Strasburgo hanno spesso rilevato violazioni dell'articolo 6 della Convenzione esaminando *congiuntamente* i due profili che, benché autonomi e distinti, sono pacificamente interconnessi ed essenziali per la nozione di equo processo⁴; in alcune occasioni, la Corte ha specificato che, qualora le osservazioni presentate in tribunale da un terzo non siano comunicate a nessuna delle parti in giudizio, ad essere violata sarà non già la parità delle armi, bensì la più generale equità del procedimento⁵.

2. La giurisprudenza CEDU in tema di diritto di replica.

La CEDU, a partire dalla fine degli anni '90, ha condannato la Svizzera per violazione dell'art. 6 della Convenzione con riferimento alla disciplina sul diritto di replica in modo così insistente e sistematico che la dottrina - con un certo stupore - ha parlato di un numero "abbastanza spettacolare" di sentenze rese nel giro di pochi anni ed ha rilevato come ciò fosse piuttosto insolito per un Paese che ha la reputazione di seguire scrupolosamente gli orientamenti forniti dalla CEDU già dalla prima condanna su uno specifico aspetto⁶.

È in effetti indubbio, come meglio si dirà nel paragrafo successivo, che vi sia stata una certa resistenza della giurisprudenza svizzera a rispondere alle sollecitazioni della Corte di Strasburgo, che pure ha continuato a ribadire senza tentennamenti i propri principi, esprimendosi non meno di una decina di volte nel periodo 1997-2010.

² CEDU Ruiz-Mateos c. Spagna del 23.6.1993, n. 12952/87: «Le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance [...] Or, le droit à une procédure contradictoire implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter»; nello stesso senso: CEDU Vermeulen c. Belgio del 20.2.1996, n. 19075/91; CEDU Bulut c. Austria del 22.2.1996, n. 17358/90; CEDU Kress c. Francia del 7.6.2001, n. 39594/98. Cfr. anche CEDU McMichael c. Regno Unito del 24.2.1995, n. 16424/90, dove si dibatteva del parere depositato in giudizio da un assistente sociale, e CEDU Lobo Machado c. Portogallo del 20.2.1996, n. 15764/89, che riguardava un parere depositato dal procuratore generale aggiunto: «tenu donc compte [...] de la nature de l'avis du procureur général adjoint, lequel a pris position en faveur du rejet du pourvoi [...], l'impossibilité pour l'intéressé d'en obtenir communication avant le prononcé de l'arrêt et d'y répondre a méconnu son droit à une procédure contradictoire. Celui-ci implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter».

³ La parità delle armi impone che a ciascuna parte del processo sia offerta una ragionevole possibilità di esporre la propria causa in condizioni che non la pongano in una situazione di svantaggio rispetto alla controparte (CEDU Foucher c. Francia del 18.3.1997, n. 22209/93), mentre il diritto al contraddittorio comporta che entrambe le parti possano conoscere gli elementi prodotti in giudizio e pronunciarsi su di essi (CEDU Brandstetter c. Austria del 28.8.1991, nn. 11170/84, 12876/87 e 13468/87).

⁴ *Ex multis* v. CEDU, Regner c. Repubblica Ceca del 19.9.2017, n. 35289/11.

⁵ CEDU Clinique des Acacias e altri c. Francia del 13.10.2005, n. 65399/01

⁶ N. ROUILLER, *Le droit de répliquer selon l'article 6 CEDH – la longue quête d'un équilibre entre efficacité et le droit d'être entendu*, in D. AFANASIEV, *Annuaire russe sur la Convention européenne des droits de l'Homme*, Statut éd., Mosca, 2015, p. 238.



Capostipite della suddetta serie di pronunce è stata la sentenza *Nideröst-Huber c. Svizzera* del 1997⁷: nella vicenda giudiziaria che ha dato origine al ricorso alla Corte di Strasburgo, il tribunale cantonale aveva trasmesso al Tribunale Federale, unitamente al fascicolo di primo grado, una pagina di osservazioni a favore del rigetto del ricorso; di tale documento non era stato tuttavia informato il ricorrente, che ne apprendeva l'esistenza solo dalla sentenza, a lui sfavorevole. Con l'occasione, la CEDU ha fissato due principi poi riconfermati negli anni successivi: da un lato, ha osservato che, non essendo stato il documento in questione comunicato a nessuna delle due parti in causa, non vi era stata violazione della parità delle armi, quanto piuttosto del diritto ad un giusto processo del ricorrente (al quale le osservazioni del tribunale cantonale erano sfavorevoli ed al quale avrebbe dovuto essere consentito di esprimersi su di esse), e che tale principio non poteva essere sacrificato a favore dell'economia processuale e della speditezza del giudizio; dall'altro lato, la Corte ha chiarito come fosse del tutto irrilevante se il documento in questione avesse o meno avuto effetto sulla decisione del Tribunale Federale e se contenesse o meno elementi nuovi di fatto o di diritto, posto che «*cette appréciation, en réalité, appartient aux seules parties au litige: c'est à elles de juger si un document appelle des commentaires*»⁸.

Il principio per cui spetta alla parte valutare se un nuovo documento richieda o meno una replica è stato, poi, più volte ribadito dalla Corte⁹, mentre con la successiva sentenza *F.R. c. Svizzera*¹⁰ si è puntualizzato come il giudice abbia non solo l'obbligo di mettere in condizione la parte di replicare, ma altresì quello di “non ignorare” la replica (nella vicenda in oggetto, il Tribunale Federale aveva espressamente dichiarato in sentenza di aver ricevuto la memoria del ricorrente ma di non averne tenuto conto perché, comunque, le osservazioni del tribunale di primo grado, cui egli replicava, non apportavano alcun elemento rilevante di novità).

Con le successive sentenze *Ressegatti c. Svizzera*¹¹, *Kessler c. Svizzera*¹² e *Werx c. Svizzera*¹³ la CEDU ha continuato a censurare la Svizzera per violazione dell'art. 6 della Convenzione, stigmatizzando specificamente la prassi del Tribunale Federale di comunicare i documenti nuovi alla parte o immediatamente prima della sentenza che definiva il giudizio, o addirittura contestualmente alla stessa così, di fatto, rendendole impossibile replicare.

⁷ CEDU *Nideröst-Huber c. Svizzera* del 18.2.1997, n. 18990/91.

⁸ «Questo apprezzamento, in realtà, spetta solo alle parti in causa: sono loro che devono giudicare se un documento richiede dei commenti» [trad. nostra].

⁹ Cfr. CEDU *Jost e Martin Ziegler c. Svizzera* del 21.2.2002, n. 33499/96, nella quale si censura la decisione del Tribunale Federale di rigettare espressamente la richiesta della parte di poter replicare ad un documento nuovo prodotto dalla controparte, con la motivazione che esso non avrebbe apportato nuovi elementi di rilievo e non avrebbe quindi necessitato di replica; CEDU *Robert Spang c. Svizzera* dell'11.10.2005, n. 45228/99, dove le osservazioni provenivano da un ente pubblico terzo e formalmente estraneo al giudizio. Analogamente, CEDU *Contardi c. Svizzera* del 12.7.2005, n. 7020/02.

¹⁰ CEDU *F.R. c. Svizzera* del 28.6.2001, n. 37292/97.

¹¹ CEDU *Ressegatti c. Svizzera* del 13.7.2006, n. 17671/02.

¹² CEDU *Kessler c. Svizzera* del 26.7.2007, n. 10577/04.

¹³ CEDU *Werx c. Svizzera* del 17.12.2009, n. 22015/05.



La sentenza *Ellès c. Svizzera* si colloca nello stesso solco, ribadendo ancora una volta - in una vicenda analoga alle precedenti - come «*les garanties du procès équitable impliquent le respect de l'égalité des armes, qui comprend notamment le droit pour les parties au procès de prendre connaissance de toute pièce présentée au juge et de la discuter*»¹⁴.

Per comprendere i successivi sviluppi della giurisprudenza CEDU in esame, va anticipato, come meglio si illustrerà nel paragrafo successivo, che, a partire dal 2005, il Tribunale Federale aveva modificato la propria prassi, stabilendo che il ricorrente fosse sempre implicitamente autorizzato a presentare repliche a documenti nuovi, purché lo facesse spontaneamente e immediatamente dopo che il documento gli fosse comunicato “per informazione” (c.d. diritto di replica implicito).

La pronuncia *Schaller-Bossert c. Svizzera*¹⁵ interviene su questa nuova prassi, cogliendo lo spunto da una vicenda giudiziaria invero peculiare, posto che la ricorrente non era assistita, innanzi al Tribunale Federale, da un avvocato: la Corte di Strasburgo condanna ancora una volta la Svizzera osservando come fosse improbabile che la parte - priva di conoscenze giuridiche e ignara dell'esistenza del diritto di replica implicito - fosse in grado di replicare spontaneamente ed in tempo utile al deposito di un nuovo documento, non avendola il Tribunale Federale messa al corrente di tale facoltà.

Tale pronuncia ha, indubbiamente, segnato un punto di svolta: come meglio si illustrerà nel prosieguo, dal 2011 la Svizzera ha radicalmente innovato la propria prassi in materia, dimostrando finalmente di recepire, almeno in parte, i suggerimenti (invero alquanto insistenti) della Corte di Strasburgo.

Di tale recepimento la CEDU sembra aver preso buona nota: con la pronuncia *Joos c. Svizzera*¹⁶, infatti, ha osservato come la prassi precedente del Tribunale Federale potesse creare una certa incertezza sul termine per replicare, ma fosse in linea di principio ammissibile qualora la parte fosse assistita da un avvocato ed avesse, comunque, un lasso di tempo ragionevole prima che fosse emessa la sentenza; con le successive *Wysenbach c. Svizzera* e *Ralph Schmid c. Svizzera*¹⁷, si è salutato favorevolmente il cambio di rotta seguito alla sentenza *Schaller-Bossert* del 2010 e riconosciuto come la nuova disciplina elimini l'incertezza giuridica derivante dal diritto di replica implicito, soprattutto con riguardo al lasso di tempo a disposizione della parte per presentare le proprie osservazioni.

3. L'evoluzione della giurisprudenza del Tribunale Federale: il diritto di replica implicito ed il diritto di replica incondizionato.

Come si è avuto modo di anticipare, prima della serie di pronunce della CEDU era rimesso *in toto* al giudicante valutare se la parte avesse o meno diritto a presentare memorie o osservazioni in risposta a nuovi documenti prodotti da controparte o da soggetti terzi (e, a monte, se fosse o meno necessario anche solo informare la parte della suddetta produzione documentale); il diritto di essere ascoltati di matrice costituzionale si traduceva quindi in modo alquanto restrittivo nella pratica e, comunque, la possibilità di replicare presupponeva una

¹⁴ CEDU *Ellès c. Svizzera* del 16.12.2010, n. 12573/06: «le garanzie del giusto processo implicano il rispetto della parità delle armi, che comprende in particolare il diritto delle parti del processo di prendere conoscenza di tutti i documenti presentati al giudice e di discuterli» [trad. nostra].

¹⁵ CEDU *Schaller-Bossert c. Svizzera* del 28.10.2010, n. 41718/05.

¹⁶ CEDU *Joos c. Svizzera* del 15.11.2012, n. 43245/07.

¹⁷ CEDU *Wysenbach c. Svizzera* del 22.10.2013, n. 50478/06 e CEDU *Ralph Schmid c. Svizzera* del 22.7.2014, n. 49396/07.



valutazione preliminare di merito, operata dal giudice, sulla novità e sulla rilevanza degli elementi di fatto e diritto apportati dal nuovo documento.

La giurisprudenza svizzera è stata piuttosto lenta nel reagire alle ripetute condanne della CEDU: solo con la fine del 2005, dopo che la Corte di Strasburgo si era già espressa in almeno cinque occasioni, il Tribunale Federale ha iniziato a modificare la propria prassi, creando il c.d. diritto di replica implicito.

Infatti, in una pronuncia del 22.11.2005, il Tribunale Federale ha riconosciuto la giurisprudenza della Corte europea, affermando però chiaramente che, qualora la procedura preveda un solo scambio di memorie, il giudice può limitarsi a trasmettere i documenti nuovi alla parte “per informazione”, senza dover sollecitare espressamente una replica o fissare un termine *ad hoc*, e che la mancata risposta “in un lasso di tempo ragionevole” è da interpretarsi come rinuncia tacita al diritto di replicare¹⁸. Il Tribunale Federale ha, in più occasioni, ribadito la propria posizione, chiarendo come, dopo la comunicazione del documento alla parte “per informazione” senza che vi sia stata una formale riapertura dello scambio di scritture, la parte debba attivarsi immediatamente, in buona fede, per replicare, e come il Tribunale non debba procedere alla decisione se non dopo un lasso di tempo tale da lasciar intendere che vi sia stata una rinuncia alla replica¹⁹.

Le successive condanne della CEDU - ed, in particolare, la pronuncia *Schaller-Bossert* del 2010 - hanno determinato (almeno in teoria, come meglio si dirà *infra*) un ulteriore cambiamento della prassi in tema di diritto di replica.

Il Tribunale Federale, infatti, ha cominciato ad indicare espressamente alle parti, nel comunicare loro documenti nuovi, che - pur essendo lo scambio di memorie formalmente chiuso - era possibile eventualmente presentare repliche entro un termine che veniva fissato chiaramente dal giudice.

Il cambio di rotta è stato deciso dalla Conferenza dei Presidenti in occasione di una controversia decisa nel 2011, nella quale si legge: «*la Conférence des Présidents du Tribunal fédéral a décidé que, pour ses propres communications et afin de respecter le droit d'être entendu, le Tribunal fédéral transmettra toute prise de position ou pièce nouvelle pour information, en précisant qu'un second échange d'écritures n'est pas ordonné, et impartira un délai pour le dépôt d'observations éventuelles*»²⁰.

È seguita poco dopo, nello stesso senso, una comunicazione generale pubblicata sul sito del Tribunale Federale, che riconosce espressamente alle parti un “diritto di replica incondizionato” [sottolineatura nostra] consistente in «una pretesa giuridica volta a prendere posizione, se lo desiderano, sulla totalità degli atti inoltrati dalla controparte (...) indipendentemente dalla novità o dall'importanza del loro contenuto», per il cui esercizio «è sufficiente che le parti ricevano gli atti in questione per informazione (o per conoscenza), ottenendo così la

¹⁸ TF 132 I 42 - 1A.92/2005 del 22.11.2005: «*Wenn das Verfahrensrecht allerdings einen einfachen Schriftenwechsel als Regelfall vorsieht, muss es einem Gericht weiterhin gestattet sein, sich bei der Zustellung der Vernehmlassungen in einem ersten Schritt auf die entsprechende Information, ohne förmliche Aufforderung zur Stellungnahme, zu beschränken. Dadurch wird der Beschwerdeführer hinreichend in die Lage versetzt, die Notwendigkeit einer Stellungnahme von seiner Seite zu prüfen und ein derartiges Anliegen wahrzunehmen; andernfalls ist davon auszugehen, dass er darauf verzichtet*».

¹⁹ TF 133 I 98 - 1A.10/2006 del 14.12.2006: «*Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies aus Gründen des Zeitgewinns tun, ohne vorher darum nachzusuchen. Nach Treu und Glauben hat dies jedoch umgehend zu erfolgen. Das Bundesgericht wartet bei der letztgenannten Vorgehensweise mit der Entscheidung ab, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet*». Nello stesso senso TF 133 I 100 - 1A.56/2006/1P.160/2006 del 11.1.2007, nella quale tuttavia il Tribunale Federale aveva inviato il documento nuovo al ricorrente precisando che lo scambio di memorie era chiuso: si è ritenuto, quindi, che l'inerzia del ricorrente nel replicare (6 mesi) fosse legittima e non dovesse essere interpretata come rinuncia tacita.

²⁰ TF 5A_779/2010 del 1.4.2011: «*La Conferenza dei Presidenti del Tribunale Federale ha deciso che, per le proprie comunicazioni e per rispettare il diritto di essere sentiti, il TF trasmetterà ogni presa di posizione o documento nuovo per informazione, precisando che non viene ordinato un secondo scambio di scritture, e impartendo un termine per il deposito di eventuali osservazioni*».



possibilità di formulare eventuali opposizioni al riguardo. Le parti devono però reagire immediatamente, pena la supposizione che esse abbiano rinunciato all'introduzione di ulteriori atti. Per eliminare ogni incertezza sul momento di tale rinuncia e garantire il rispetto dell'incondizionato diritto di replica nell'ambito della procedura dinanzi al Tribunale Federale, questi provvede, di regola, ad impartire un termine per l'inoltro delle eventuali osservazioni»²¹.

Si tratta del primo riconoscimento formale del c.d. “diritto di replica incondizionato” (*unbedingtes Replikrecht, droit de réplique inconditionnel*).

Come osservato dalla dottrina più attenta²², si può riscontrare una sostanziale differenza tra il diritto di replica “in senso stretto” ed il diritto di replica “incondizionato”: il primo si traduce nel diritto della parte di esprimersi sui documenti prodotti in giudizio, purché essi contengano nuovi elementi ammissibili dal punto di vista processuale e siano materialmente suscettibili di influire sul giudizio da pronunciare, e si applica a tutte le procedure giudiziarie ed amministrative, mentre il secondo, derivante direttamente dall'art. 6 CEDU, consiste nel diritto a prendere conoscenza ed esprimersi su tutte le allegazioni delle altre parti del procedimento, a prescindere da ammissibilità e rilevanza delle stesse, e si applica alle (sole) procedure giudiziarie.

In questo senso, il Tribunale Federale ha chiaramente affermato che «nella misura in cui le osservazioni dell'autorità di primo grado o della controparte contengono nuovi elementi, ammissibili dal profilo processuale e suscettibili di influire sul giudizio da pronunciare, un “diritto di replicare” in senso stretto scaturisce direttamente dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (...). D'altro canto, il “diritto di prendere conoscenza e di pronunciarsi sulle allegazioni degli altri partecipanti alla procedura”, fondato sull'art. 6 n. 1 CEDU, non dipende, ai fini del giudizio da emanare, dalla pertinenza dell'allegazione e si applica in tutti i procedimenti giudiziari anche quelli che non rientrano nella sfera di protezione dell'art. 6 n. 1 CEDU»²³.

Come osservato dalla dottrina, il diritto di replica incondizionato esiste dunque «*que le tribunal ait ou non ordonné un deuxième échange d'écritures, fixé un délai pour l'exercer ou simplement transmis la détermination ou l'écriture pour information ou prise de connaissances*»²⁴: ciò è stato a più riprese confermato dal Tribunale Federale, che ha chiarito che il diritto di replica vale rispetto a qualsiasi “presa di posizione” presente nel fascicolo della causa, quale che sia la sua qualifica (memoria, osservazioni, replica, etc.), anche qualora il giudice non abbia disposto uno scambio di memorie²⁵ o il Codice di Procedura Civile non preveda espressamente la facoltà di prendere posizione sulle argomentazioni della controparte²⁶.

²¹ *Echange d'écritures et observations volontaires*, <https://www.bger.ch>.

²² R. SCHALLER - F. MAHON, *Le droit de réplique: un aller-retour sans fin entre Strasbourg et Lausanne?*, in F. BOHNET (a cura di), *Le droit de réplique*, Basilea, 2013, p. 7.

²³ TF 138 I 154 - 2C_943/2011 / 2C_127/2012 del 12.4.2012, con la quale, peraltro, il Tribunale Federale ha escluso l'applicazione dell'*unbedingtes Replikrecht* ai procedimenti innanzi all'*Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen*, l'autorità garante in materia radiotelevisiva.

²⁴ «(...) che il tribunale abbia o meno ordinato un secondo scambio di memorie, fissato un termine per provvedervi o semplicemente trasmesso il documento o la memoria per informazione o presa visione». F. BOHNET, *Le droit de réplique en procédure civile*, in F. BOHNET (a cura di), *Le droit de réplique*, Basilea, 2013, p. 156.

²⁵ TF 142 III 48 - 5A_553/2015 del 16.12.2015, che al par. 4.1.1. effettua una breve rassegna della giurisprudenza sul punto.

²⁶ TF 146 III 97 - 4A_328/2019 del 9.12.2019.



4. Diritto di replica: i punti ancora aperti.

Nonostante la notevole evoluzione che il diritto di replica ha avuto nell'ultimo decennio, restano ancora molti profili di criticità: ci limiteremo, per motivi di spazio e senza pretesa di esaustività, a citarne brevemente due.

Si è detto, al paragrafo precedente, che con la nuova prassi - sancita anche dal documento ufficiale del Tribunale Federale del 2011, su cui v. *supra* - il diritto di replica "implicito" parrebbe essere stato definitivamente abbandonato.

Tuttavia, così non è: il citato documento lascia infatti aperta la possibilità "eccezionale" di trasmettere gli atti alle parti solo per conoscenza o informazione, senza fissare un termine per replicare, nel qual caso le parti che ne abbiano interesse dovranno attivarsi "immediatamente" «pena la supposizione che esse abbiano rinunciato all'introduzione di ulteriori atti».

I confini di tale "possibilità eccezionale" sono tutt'altro che definiti, e nell'ultimo decennio si rinvengono numerose pronunce nelle quali il Tribunale Federale ribadisce che il diritto di replica deve ritenersi rispettato anche qualora il giudice comunichi il documento nuovo "per informazione" senza fissare un termine per la replica, se è ragionevole attendersi che la parte si attivi spontaneamente per prendere posizione sullo stesso; peraltro, il semplice fatto che la parte sia assistita in giudizio da un avvocato - tenuto a conoscere la prassi corrente - è sufficiente per pretendere che essa replichi senza ritardo, anche senza essere invitata a farlo²⁷. Addirittura, secondo la giurisprudenza, il diritto di replica implicito si applica anche qualora la parte sia priva di assistenza legale, ma possa comunque essere considerata "esperta" per aver preso parte in proprio a numerosi procedimenti, così da non meritare la tutela aggiuntiva data dall'invito del giudice a replicare entro un termine prestabilito²⁸.

Da questo punto di vista, la giurisprudenza è senz'altro indicativa della confusione che vige sulla quantificazione del termine "ragionevole" per esercitare il diritto di replica implicito; lo stesso Tribunale Federale, in una sentenza del 2012, opera una breve rassegna delle proprie pronunce, osservando come siano stati ritenuti eccessivamente ristretti per presumere una rinuncia implicita, di volta in volta, i seguenti termini: due giorni (TF 1B_25/2010 del 17.2.2010, par. 2.2), sette giorni (TF 2C_794/2008 del 14.4.2009, par. 3.5) e otto giorni (TF 1P.798/2005 dell'8.2.2006, par. 2.3)²⁹; altrove, il TF ha stabilito che non possa presumersi una rinuncia al diritto di replica prima che siano trascorsi almeno dieci giorni, mentre è possibile dopo che ne siano trascorsi venti³⁰; ancora, in un'altra pronuncia, si è parlato di un mese come termine minimo per la presunzione di rinuncia³¹.

Ebbene, se è pur vero che la stessa CEDU, nella pronuncia *Joos c. Svizzera*, ha ritenuto il diritto di replica implicito come "in linea di principio ammissibile", pare comunque a chi scrive che il "cambio di rotta" del Tribunale Federale sia più di forma che di sostanza e lasci un amplissimo margine di incertezza agli operatori del diritto, che sono chiamati a ipotizzare - tenendo conto della lunghezza del documento cui replicare, della rilevanza e della novità degli elementi ivi contenuti, dell'autorità giudicante, della complessità della causa (e forse munendosi di

²⁷ «En l'espèce, la recourante était assistée d'un avocat devant le tribunal administratif. Son mandataire devait connaître la jurisprudence du TF et dès lors, savoir qu'il disposait d'un droit de réplique même si la pièce ne lui avait été communiquée que pour information et qu'il devait l'invoquer dans un délai raisonnable, sans quoi l'on admettrait qu'il y renonçait» Cfr. TF 138 I 484 - 1C_142/2012 del 18.12.2012; nello stesso senso, TF 5A_615/2018 del 28.1.2019.

²⁸ TF 4A_581/2013 del 7.4.2014 e TF 5A_615/2018 del 28.1.2019.

²⁹ TF 1B_407/2012 del 21.9.2012, par. 2.2.

³⁰ TF 6B_629/2010 del 25.11.2010; conf. TF 1C_688/2013 del 17.4.2014.

³¹ TF 138 I 484 del 18.12.2012, n. 1C_142/2012.



una sfera di cristallo) - quale sia, ad avviso del giudice procedente, un lasso di tempo “ragionevole” per la replica, con il concreto rischio di vedersi emettere nelle more, per un errore di valutazione, la sentenza.

Il secondo profilo problematico è quello che attiene al bilanciamento tra il diritto ad essere sentiti ed il diritto ad un procedimento giudiziale efficiente e rapido: è facile immaginare come il diritto di replica incondizionato si presti, in caso di abuso, a divenire un diritto di replica *perenne*, posto che un’applicazione formalistica del principio in esame potrebbe portare ad uno scambio continuo di memorie ed osservazioni, che teoricamente terminerebbe solo qualora una delle parti rinunciasse ad un’ulteriore replica: non è, invero, azzardato ipotizzare che il timore di un diritto di replica “perenne” sia alla base delle reticenze della Svizzera a conformarsi alle indicazioni della CEDU.

Non stupisce, quindi, che il Tribunale Federale, nello stesso documento generale con il quale ha (almeno teoricamente) riconosciuto il diritto di replica incondizionato, abbia voluto precisare che «nella misura in cui ogni presa di posizione contribuisce al prolungamento del procedimento e, secondo le situazioni, a renderlo più oneroso, le parti hanno interesse a non ripetersi e a rinunciare alla presentazione di atti inutili»³².

Lo stesso monito è stato poi costantemente ribadito dalla giurisprudenza del Tribunale Federale, che ha stabilito che la condotta della parte che non si avvale del diritto di replica per difendere in giudizio i propri diritti, ma per un formalismo inutile, non merita alcuna tutela³³, così come non lo merita «*Das blossе Beharren darauf, das letzte Wort zu haben, ohne dass damit eine effektive Rechtswahrnehmung*»³⁴: in altri termini, non può ammettersi che si abusi pretestuosamente del diritto fondamentale ad un giusto processo³⁵.

È pacifico che la CEDU faccia prevalere il diritto di replica sul principio di celerità del giudizio, così come è d'altronde plausibile che l'applicazione rigorosa di tale diritto possa comportare un allungamento dei tempi delle procedure giurisdizionali: come è stato giustamente osservato, se, da un lato, la giurisprudenza svizzera dovrà trovare un giusto equilibrio nel bilanciamento tra i due principi - entrambi garantiti sia dalla Costituzione Federale che dalla CEDU, spetterà anche alle parti valutare, nel caso specifico, se sia effettivamente necessario esercitare il proprio diritto di replica, senza abusarne³⁶.

5. Il diritto di replica nelle modifiche al Codice di Procedura Civile svizzero.

Il 2.3.2018, il Consiglio Federale ha avviato le consultazioni su una serie di modifiche al codice di procedura civile; la bozza elaborata è passata, poi, all'Assemblea Federale per l'esame delle due Camere.

Per quanto riguarda il punto che qui ci interessa, il 16.6.2021 il Consiglio degli Stati ha proposto ed approvato³⁷ l'introduzione di un comma 3 all'art. 53 CPC, del seguente tenore: «*Elles peuvent se déterminer sur tous les*

³² *Echange d'écritures et observations volontaires*, cit.

³³ TF 5A_825/2012 del 17.4.2013.

³⁴ «Il semplice intestardirsi ad avere l'ultima parola, senza che vi sia un esercizio effettivo del diritto»: TF 5A_615/2018 del 28.1.2019; nello stesso senso, TF 5A_964/2019 del 15.1.2020.

³⁵ TF 4A_581/2013 du 7.4.2014, che chiarisce tuttavia anche come «*l'on ne peut pas non plus motiver le reproche d'abus dans l'exercice du droit en alléguant simplement que l'octroi du droit de réplique, après renvoi au juge précédent, serait une 'complication inutile de procédure, sans aucun effet sur le jugement en définitive matériellement correct des premiers juges'*».

³⁶ R. SCHALLER - F. MAHON, *Le droit de réplique: un aller-retour sans fin entre Strasbourg et Lausanne?*, cit. pp. 26-27.

³⁷ www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=53453.



*actes de la partie adverse. Le tribunal peut leur impartir un délai raisonnable. Dans le cas contraire, elles doivent se déterminer dans un délai de 10 jours, faute de quoi elles sont considérées y avoir renoncé*³⁸.

Tale modifica ha sollevato non poche perplessità tra i professionisti del diritto: il 15.7.2021 l'Ordine degli Avvocati di Ginevra ha presentato alla Commissione degli affari giuridici del Consiglio Nazionale le proprie osservazioni³⁹, evidenziando come - benché in linea di principio la codificazione di una prassi giurisprudenziale sia da salutarsi con favore - la concreta formulazione della nuova norma lasci parecchio a desiderare, non regolamentandosi, *inter alia*, profili rilevanti come la proroga, la sospensione o la rimessione in termini; il tutto, con le immaginabili conseguenze in termini di durata del processo.

Il 10.5.2022, il Consiglio Nazionale, esaminando il testo ricevuto dal Consiglio degli Stati, ha criticato l'introduzione di una formulazione facoltativa e, per motivi di chiarezza e precisione, ha stabilito che il giudice debba fissare un termine e che questo debba essere di almeno dieci giorni⁴⁰.

Dato il bicameralismo perfetto della Svizzera, il testo proseguirà ora il proprio *iter* parlamentare con un nuovo esame innanzi al Consiglio degli Stati e non si può che augurarsi che venga sufficientemente migliorato al fine di individuare una regola rispetto ad un tema che costituisce un principio cardine di ogni sistema processualcivile.

In una certa misura un'adeguata disciplina del diritto di replica costituisce infatti il punto di equilibrio tra le esigenze del processo e quelle del sistema anche ordinamentale.

³⁸ «[Le Parti] possono determinarsi su ogni atto della controparte. Il Tribunale può impartire loro un termine ragionevole. In caso contrario, devono determinarsi entro un termine di 10 giorni, altrimenti si riterrà che vi abbiano rinunciato» [trad. nostra].

³⁹ Ordre des Avocats de Genève, *Projet de révision du Code de procédure civile - Brève prise de position sur les modifications adoptées par le Conseil des États le 16 juin 2021*, <https://www.odage.ch>.

⁴⁰ www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=56920. Il nuovo comma 3 recita, dunque: «Elles peuvent se déterminer sur tous les actes de la partie adverse. Le tribunal leur impartit un délai de 10 jours au moins à cet effet. Si elles ne se déterminent pas dans ce délai, elles sont considérées y avoir renoncé».