GIUSTIZIA INSIEME

Processo Civile

Modesta proposta per la giustizia civile (*Contra oratores*)

di David Cerri

22 marzo 2021

Modesta proposta per la giustizia civile

(Contra oratores)

di David Cerri *

Il titolo (di sapore swiftiano, ma sperabilmente meno truce) ed il sottotitolo (pretenzioso e ciceroniano) di questo breve intervento sembrano tradire predilezioni letterarie, ma nascono dalla costituzione della Commissione per la Giustizia Civile nominata dalla ministra Cartabia, che dovrà in tempi molto brevi concludere i suoi lavori, appena iniziati; e si traducono semplicemente in un incoraggiamento a passi forse controcorrente, con una conseguente garbata critica ai fautori dell'oralità del processo civile *ora, sempre e subito*.

La ministra sembra avere le idee chiare: nelle Linee programmatiche di recente presentate e discusse in Commissione Giustizia del Senato, nel settore della giustizia civile l'accento è posto sulla rivalutazione delle procedure alternative di risoluzione delle controversie, e sulla scelta da compiere tra il mantenimento dei due modelli attuali (rito ordinario e rito sommario di cognizione) o l'introduzione di un nuovo rito semplificato. Molto correttamente nelle Linee programmatiche si legge che il successo delle ADR deve avere una corrispondenza nella efficienza della giurisdizione, conclusione alla quale da molto tempo erano arrivati gli studiosi, in particolar modo quelli di ordinamenti che ben prima del nostro conoscevano tali forme

alternative. Se si può solo accennare ad un modesto dissenso, è sulla valutazione del rito sommario così come lo conosciamo come "*un rito molto efficace ed apprezzato*"... ciò che non mi sembra appartenga al notorio né alle statistiche degli uffici. Il tutto in un quadro che, come si legge, non consente di "*coltivare illusorie ambizioni di riforme di sistema non praticabili nelle condizioni date*", doverosa, realistica ed anche saggia considerazione.

Un altro importante riferimento è fatto all'esigenza di regolamentare e incentivare la sinteticità degli atti, riferimento che ai fini di questo commento interessa in modo speciale. L'oculata scelta dei componenti della commissione, ad iniziare dal presidente Francesco Luiso e dal vicepresidente Filippo Danovi, offre ampie garanzie (e per restare ai soli processualcivilisti, altrettanto si può certamente dire di Paolo Biavati e Antonio Carratta, mentre sarà certamente rilevante l'apporto di Paola Lucarelli sul profilo delle procedure alternative).

La considerazione da cui partire è in primo luogo quella che, volenti o nolenti, il processo civile italiano è fondamentalmente un processo scritto. La farraginosa storia delle novelle al codice del 1940 non ha mai registrato novità essenziali su tale struttura, anzi. Di recente abbiamo poi conosciuto una sorta di esasperazione (benvenuta, peraltro, perché ha impedito la totale paralisi del settore) con l'introduzione nella fase emergenziale della "trattazione scritta" dei procedimenti (ed a parere di chi scrive, come meglio si coglierà più avanti, dovrebbe sfruttarsi l'occasione di consolidare alcune nuove esperienze maturate in questo pur difficile contesto). L'oralità è ristretta a determinate oasi, in particolare – oltre ovviamente all'istruttoria orale – laddove si usa il termine *discussione*; non c'è dubbio però che le decisioni vengano poi effettuate sulla base della lettura ed esame di atti scritti.

Dovremmo aggiungere una considerazione preliminare, di notevole sostanza: lo scopo del processo civile – per parafrasare il noto aneddoto riportato da Dworkin in epigrafe al suo *Giustizia in toga* (lo scambio di battute tra Oliver Wendell Holmes e Learned Hand) – è *fare giustizia,* o *applicare la legge* ? **[1]** Si tratta probabilmente di *fare giustizia, applicando la legge*.

Se ci poniamo in quest'ottica, una considerazione importante riguarda il momento della decisione: esser consapevoli degli inevitabili, naturali *biases* cognitivi (certamente presenti sia in un provvedimento reso dopo un processo condotto prevalentemente in forma orale, che in uno che segua una riflessione su soli, o quantitativamente prevalenti, atti scritti) valutando se il rischio di soccombervi sia maggiore nell'una o nell'altra ipotesi.

Parlare quindi di prevalenza della forma scritta, non è certamente voler tornare a forme antiquate e prolisse di esposizione degli argomenti; è, al contrario e piuttosto, spingersi in avanti,

nella considerazione che l'introduzione di efficaci stimoli a chiarezza e concisione nella redazione degli atti (sia degli avvocati che dei giudici) possa costituire la soluzione migliore, l'antidoto più efficace alle degenerazioni di una scrittura che tende a tradursi in *scartoffie*.

Il momento dell'oralità presenta infatti diverse insidie: sono i neuroscienziati a dirci come le caratteristiche del nostro cervello comportino determinate conseguenze, per esempio, per quanto riguarda la ritenzione dei dati sensoriali nella memoria a breve termine (MBT); Bona e Rumiati tra gli altri ci hanno ricordato in modo esemplare, a proposito dei limiti fisiologici del nostro organismo, e proprio trattando della MBT, che "*La consapevolezza circa questi limiti e i correlati riflessi sui processi di pensiero non può che comportare l'utilizzo, specie da parte degli avvocati, di strategie adeguate. Lo intuivano già i retori classici. L'invito, ripetuto allo sfinimento da parte dei grandi retori, a essere concisi, chiari e verosimili nell'esposizione dei propri argomenti*", citando Quintiliano **[2]**.

Il pericolo, credo evidente nell'esperienza del giurista pratico, è quindi che una decisione in momenti non secondari del processo possa risentire eccessivamente di tale modalità di trattazione. Senza voler invadere un campo che non mi compete, ma prendendo (ancora) in prestito le parole di Carlo Bona, che il giudice non ragioni "*secondo gli schemi di una razionalità "olimpica", bensì secondo quelli di una razionalità alternativa, compatibile con i limiti del nostro sistema cognitivo*"**[3]** mi parrebbe una conclusione consolidata, alla quale aggiungere la considerazione delle emozioni, momento "forte" di una discussione nella quale l'abile oratore sappia suscitarle **[4]**.

Utile invece, e raccomandabile, una discussione che giunga al termine del processo, in una sorta di riepilogo delle argomentazioni essenziali, riviste alla luce dell'istruttoria, e di fronte ad un giudice perfettamente a conoscenza della causa, che potrebbe vedere un modello negli articoli 281 quinquies (e sexies) c.p.c.; quindi un punto di arrivo e conclusione, non una scorciatoia **[5]**.

L'oralità – guarda caso – ha invece un ruolo determinante nelle procedure alternative, dove l'intervento personale delle parti e l'osservanza del principio di riservatezza costituiscono gli elementi che la presuppongono e favoriscono, principalmente in virtù del fatto, da rimarcare, che non vi è nessuna *decisione* da prendere.

Non è vero, in conclusione, che la trattazione scritta del processo sia una delle principali cause del malessere del sistema della giustizia civile; senza voler entrare nei temi (in realtà decisivi) delle risorse umane e materiali disponibili, e della formazione degli operatori (come ricordato, a cominciare dalla ministra si è tutti a malincuore consapevoli che per riforme "epocali" non è

questa la stagione) lo sforzo riformatore potrebbe trarre spunti anche da qualche sommessa indicazione:

- razionalizzazione del percorso giudiziale, eliminando udienze inutili; nella realtà che conoscono i giuristi pratici, quale degli adempimenti richiesti agli avvocati di cui all'art.183 c.p.c. non potrebbe essere sostituito da una nota scritta ? Perché, analogamente, imporre una presenza ai fini del conferimento dell'incarico al consulente tecnico ? O per la precisazione delle conclusioni ? In tutti i casi, beninteso, facendo salva la richiesta delle parti, o l'autonoma decisione del giudice, di tenere l'udienza;

- potenziamento dell'intervento del giudice (auspicabilmente quello "vero" che deciderà la causa, non il delegato...) nell'istruttoria, con un più esplicito affidamento di poteri conciliativi. Qui però occorre esser chiari: la prospettiva è certamente valida ma a patto però di dotarlo *istituzionalmente* – ancora la formazione... – delle capacità richieste per la gestione di tali poteri, che non si improvvisano e per le quali non è sufficiente la sola esperienza pratica; senza questa garanzia per il cittadino, meglio allora ed intanto un maggiore ricorso alla mediazione delegata, della quale il giudice, spogliatosi del procedimento, raccolga gli esiti (se ne parla nelle Linee programmatiche);

- deciso ingresso anche nel processo civile di tutte le indicazioni verso la redazione di atti chiari e concisi, magari attingendo a quelle iniziative di *soft law* nate dalla collaborazione tra avvocatura e magistratura, come ad esempio il Protocollo del 2015 per i ricorsi in materia civile concordato tra C.N.F., le Linee Guida del 2017 degli Osservatori sulla giustizia civile, e il Protocollo C.S.M.-C.N.F. del 2018 sulla redazione degli atti e provvedimenti in appello **[6]**, senza contare i numerosi altri strumenti creati sul territorio. Oltre – va detto – alla comparazione con l'esperienza di quegli ordinamenti che da tempo hanno arato questo campo, *in primis* quello statunitense e quelli delle corti europee;

- sotto l'ultimo profilo, contemporanea attenzione a non ripetere esperienze negative, dove le prescrizioni formali sono state talvolta intese come "trappole" per sfoltire i ricorsi...nel primo dei Protocolli ricordati – ad esempio – vi è la previsione che il superamento dei limiti dimensionali degli atti non possa mai comportarne l'automatica inammissibilità. Per esser più chiari, la vicenda del processo amministrativo (con l'introduzione dell'art.13 ter n.att. ed in particolare del comma 5, che prevede la mera *facoltà* del giudice di esaminare le questioni trattate oltre quei limiti, senza possibilità di impugnazione) *non* è un modello da seguire *tout court* (anche senza considerare la delega ad una fonte di rango secondario – il decreto del presidente del Consiglio di Stato – di previsioni che comunque incidono sulla difesa). Probabilmente, invece, una

valutazione potrebbe essere condotta in termini di liquidazione delle spese, e forse anche in senso premiale oltre che punitivo, visto che ad integrare il criterio del "pregio dell'attività prestata" di cui al c.1 dell'art.4 del D.M. 55/2014 sui parametri forensi starebbe proprio, tra gli altri, il rispetto di quelle indicazioni; e non soltanto, a mente dell'introduzione nel medesimo articolo del c.1 bis che consente l'aumento fino al 30% dei compensi per gli atti, depositati in forma telematica ,"navigabili";

- simile attenzione da porre ai filtri delle impugnazioni, anch'essi mai da interpretare come meri strumenti deflattivi, tentazione che il nostro legislatore ha spesso avuto, giungendo talvolta a stravolgere a tal fine (il caso della mediazione obbligatoria prima maniera) la genuina ispirazione delle indicazioni eurounitarie;

- infine, oralità sì, ma non univoca riduzione ad essa del processo; piuttosto, concentrazione di tale momento nella fase conclusiva, in veste di riepilogo e discussione finale dei suoi temi essenziali: un modello, come già ricordato, potrebbe essere tratto dall'art.281 quinques, 2 c., dove il giudice ha già avuto modo di studiare compiutamente le difese (scritte) delle parti. Sempre salva la facoltà di parti e giudice di dar sfogo al confronto verbale in ogni fase del processo. Così facendo si restituirebbero a tale modalità un senso ed una efficacia veri, senza limitarsi a lodarne tralaticiamente l'ispirazione chiovendiana.

Una sola chiosa finale: volutamente non ho accennato al tema ancora attuale dell'udienza "da remoto", perché per l'impostazione di questo intervento non vi era motivo di distinguere la trattazione *online* da quella in presenza, per la comune diversità rispetto alla forma scritta **[7]**. Volendo però comunque considerare la nuova possibilità per il futuro, nello specifico campo dell'istruttoria orale, la trattazione da remoto potrebbe ancora essere prevista in quei casi dove – ad esempio – il pregiudizio dello spostamento dei soggetti interessati superi il vantaggio dell'immediatezza (si è avuto il caso generale della pandemia, ma ci potrebbero essere impedimenti del singolo processo, come quando vi siano testi impossibilitati a trasferimenti anche modesti: e non mi si dica che esiste la previsione dell'art.255, 2 c., ed in particolare della prova delegata...): anziché fare un tabù della trattazione in presenza sarebbe assai meglio regolare da un lato le prassi poco virtuose del sistematico affidamento dell'istruttoria a giudici onorari (a giudici che, in altre parole, poco sanno di quel procedimento prima, e null'altro sapranno poi: caratteristiche del resto proprie anche dell'organo delegato) e, dall'altro, pensare seriamente alla videoregistrazione, considerato anche il (previsto) fallimento dell'art.257 bis c.p.c.**[8]**

*Avvocato, Università di Pisa

[1] "Una volta Oliver Wendell Holmes, mentre andava in carrozza alla Corte Suprema di cui era giudice associato, dette un passaggio al giovane Learned Hand. Questi scese alla propria destinazione e, salutando la carrozza che ripartiva, urlò allegramente: «Fa' giustizia, giudice!». Holmes fermò la vettura, fece invertire la marcia al conducente, e tornò indietro verso il sorpreso Hand. «Non è quello il mio lavoro!» disse, sporgendosi dal finestrino. Poi la carrozza girò e ripartì, portando Holmes al suo lavoro: presumibilmente, quello di non fare giustizia." R.DWORKIN, *La giustizia in toga* (2006), Roma-Bari, Laterza, 2010, p.10.

[2] C.BONA-P.RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2013, p.51.

[3] C.BONA, *Sentenze imperfette,* Bologna, Il Mulino, 2010, p.199.

[4] V. i saggi raccolti nel recentissimo *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (a cura di M. MANZIN, -F. PUPPO – S. TOMASI (2021) (Università di Trento, open access: http://hdl.handle.net/11572/296052)

[5] Sul sito della Corte suprema U.S.A. si legge, a proposito dell' *oral argument*: "*The Court holds oral argument in about 70-80 cases each year. The arguments are an opportunity for the Justices to ask questions directly of the attorneys representing the parties to the case, and for the attorneys to highlight arguments that they view as particularly important*", e "*An attorney for each side of a case will have an opportunity to make a presentation to the Court and answer questions posed by the Justices. Prior to the argument each side has submitted a legal brief—a written legal argument outlining each party's points of law. The Justices have read these briefs prior to argument and are thoroughly familiar with the case, its facts, and the legal positions that each party is advocating*" (mie sottolineature).

[6] Spiace rimandare ad interventi di chi scrive...rispettivamente: *La scrittura degli atti processuali ed il Protocollo d'intesa C.N.F. / Cassazione sulla redazione dei ricorsi* (2016) , *Le Linee Guida 2017 degli Osservatori sulla Giustizia Civile sulla redazione degli atti in maniera chiara e sintetica* (2017), , e *Il Protocollo C.S.M. – C.N.F. del 19 luglio 2018 su – tra l'altro... – chiarezza e sinteticità nella redazione degli atti e provvedimenti in appello,* tutti in **www.judicium.it** .

[7] Ne ha scritto con acutezza P.SPAZIANI, *Chiovenda ed il computer. Il processo "da remoto" e la teoria dell'azione*, in *questa Rivista* (18.09.2020).

[8] Norma anche questa suscettibile di interventi, tesi sia a scioglierla dal necessario accordo delle parti, sia a munirla di una esplicita sanzione, in termini di specifico illecito disciplinare

dell’avvocato che si presti ad “operazioni” sospette.