

FRANCESCO FRADEANI

ORATORIA ED ELOQUENZA NEL PROCESSO CIVILE:
L'EREDITÀ DI CICERONE
NELLE TECNICHE ARGOMENTATIVE DEL DIFENSORE

1. *Breve premessa metodologica*

Di fronte ad un tema tanto suggestivo quanto difficile da affrontare, il giurista “moderno” non può che essere assalito da un iniziale sentimento di sconforto: è infatti impossibile, addirittura irrispettoso, nello spazio di un breve saggio, credere di poter essere capaci di dare la concreta misura di quanto essenziale sia, ancora oggi, lo studio dei classici nella formazione del processualista¹. *A fortiori*, innanzi ad uno dei più grandi oratori della storia, all’immensa eredità che egli ha lasciato nel cuore e nelle menti di tutti coloro che, a vario titolo, ogni giorno partecipano a quella grande e potente “rappresentazione teatrale” chiamata processo civile.

Come spesso accade all’animo umano, tuttavia, nell’eterna lotta tra ragione ed emozione, a tale iniziale sentimento negativo si contrappone, potente, una sensazione di sincera gioia e duratura speranza, mista ad orgoglio, di fronte all’opportunità, forse unica, di poter riflettere su quello che Cicerone ha lasciato al giurista, in specie al processualcivili- lista, consapevolmente, sì certo, ma anzitutto nell’inconscio delle nostre azioni, in ciò che siamo, non solo nello scritto e nel pensiero giuridico, ma nel comportamento di tutti i giorni².

E tutto questo, ne siamo certi, rappresenta qualcosa di miracoloso ed affascinante, perché noi il maestro non l’abbiamo mai visto né udito, tantomeno conosciuto e, purtuttavia, ci sentiamo tutti un poco suoi allievi, nutriti da ciò che abbiamo letto di lui, forse immaginato preparando una discussione, una linea difensiva, cercando di rispondere

¹ In proposito, cf. tra gli altri già Scialoja 1911, 942, e, più recente, Danovi 2018, *passim*. Cf. anche Alpa 2000, 321. Per quanto riguarda il processo penale cf. Coppi 2003, 47.

² L’*ethos* in cui siamo continuamente immersi, con prepotenza, eppure senza quasi accorgercene. Per approfondimenti cf. Maione 2015, 12.

idealmente alla seguente domanda: al nostro posto, che cosa avrebbe scritto o detto Cicerone?

Ed il mistero si rinnova ogni giorno, in tutto il mondo occidentale: anche oggi c'è almeno uno di noi che scrive e parla di lui, o magari lo fa dopo aver pensato a lui, ai suoi insegnamenti, per esercitare al meglio il ruolo di giudice, avvocato, consulente, ecc.

Resta infine, quasi sullo sfondo, ma tangibile, un senso di malinconia per quello che è stato, che ora non è e, chissà, se un giorno prossimo mai potrà essere di nuovo. Il nostro attuale processo, infatti, non ci pare, da molti anni ormai, in grado di assicurare quell'effettivo, efficace, confronto/scontro dialogico tra argomenti contrapposti, *apud iudicem*, capace di far germogliare la verità processuale nel rispetto delle fondamentali garanzie, il c.d. *fair trial*, tra cui quella forse in Italia più violata, la ragionevole durata della lite³.

Oggi siamo molto lontani nel tempo da quegli antichi fasti del processo formulare romano, dove veniva esaltato il ministero del difensore quasi fosse l'esercizio di un compito sacro⁴, a fronte del pressante incedere dei tempi di una Giustizia stanca e malata, piegata dalla carenza di risorse, dalle meschinità ed amenità di ogni "bega" quotidiana, dalla inadeguatezza culturale di molti operatori e dalla mancanza di tempo per meditare, approfondire e, soprattutto, coltivare un pensiero profondo capace di guidare saldamente le nostre azioni.

Insomma, da un lato il ricordo, dall'altro la prospettiva: rievocare, *hic et nunc*, la grandezza di un eterno maestro per capire e, se possibile, meglio interpretare il nostro tempo, magari riuscendo ad utilizzare qualche suo insegnamento per migliorare il presente e, perché no, pensare già al futuro.

Come si vede, abbiamo davanti un compito immane, che certamente non verrà portato a compimento, siamo troppo inadeguati: tuttavia, saremo contenti se almeno lo sforzo riflessivo compiuto servirà a risvegliare l'interesse e la passione per la dialettica e l'oratoria che, certamente, nella scienza del diritto non sono tutto, ma nel giuoco del processo rappresentano moltissimo. E se, purtroppo, per nostro demerito, il risultato finale non piacerà al lettore, perlomeno ci consola

³ In proposito cf. Verde 2011, 505, spec. 518.

⁴ Sacralità oggi testimoniata, e.g., dall'inaugurazione dell'anno giudiziario a Londra presso l'antica cattedrale di Westminster. Cf. per approfondimenti Cannadine 2000, *passim*.

pensare di non avere comunque offeso la memoria di Cicerone che, sommo padrone, tra l'altro, anche della *dissimulatio*, al più, se avrà la pazienza di leggerci, lassù da qualche parte nei Campi Elisi, di fronte alla nostra palese inadeguatezza, almeno potrà farsi una bella risata⁵.

2. Cicerone, la romanità ed il diritto

Cicerone è ovviamente molte cose. Anzitutto, il mito: lo storico ha il compito di contestualizzare fatti ed avvenimenti, spesso molto lontani nel tempo. Anche il giurista muove dalle fonti, storiche, poi però si concentra sull'analisi delle norme e qui, in particolare, sugli insegnamenti giuridici che il maestro ci ha tramandato.

Nessuno oggi può essere sicuro che Cicerone sia stato veramente il più grande, né che tutto ciò di cui si parla riferendosi a lui sia realmente accaduto, o anche solo sia a lui effettivamente attribuibile: la verità storica non è la Verità, è solamente una sua approssimazione⁶.

In ogni caso, stiamo parlando di colui che forse più di ogni altro, al pari di pochi grandissimi, Cesare, Tacito, Seneca, Virgilio, Scipione l'Africano, ecc., rappresenta oggi l'idea stessa di romanità⁷.

Ma così come ad Atene nasce il pensiero, la filosofia che idealmente si declina in greco antico, del pari a Roma nasce il diritto nel suo significato più autentico, maturo e sistematico, naturalmente in latino. Da quest'ultimo punto di vista Cicerone ne è tra i più autorevoli interpreti, un vero "gigante" del diritto di ogni tempo; è infatti mediante il processo formulare romano che si rivela al mondo, per la prima volta, il diritto sostanziale, secondo l'antico adagio *ubi remedium, ibi ius*⁸. Molti di noi hanno letto alcune delle sue opere, certamente, i più grandi ed autorevoli giuristi moderni lo hanno fatto ed a lui, in gran parte, si sono ispirati.

⁵ Cf. Calamandrei 1949, 23. Come noto, l'ironia, *dissimulatio*, deriva dal greco e significa «finzione». Cicerone sostiene, in particolare, che *Dissimulatio est, cum alia dicuntur ac sentias, non illo genere, de quo ante dixi, cum contraria dicas* (de orat. 2, 269).

⁶ Sull'accertamento della verità processuale basterà rinviare all'ampio contributo monografico di Gradi 2018, spec. 3. Si segnala anche in proposito il precedente autorevole contributo di Carratta 2014, 58.

⁷ Ovviamente, si tratta di un brevissimo elenco che mette insieme grandi Romani dalle diverse, anche lontanissime attitudini, ma accomunati da un unico grande destino: l'immortalità del loro pensiero e/o delle loro gesta; uomini che hanno contribuito a rendere il mondo occidentale quello che è ora. Per approfondimenti sui momenti cruciali che hanno determinato la grandezza dell'impero romano si rinvia a Ruffolo 2014, spec. 9.

⁸ Cf. Burdese 1987, spec. 75, ma anche Kaser 1986, *passim*.

Però Cicerone, più che semplice giureconsulto, viene ricordato come il più grande avvocato della storia, padre ideale di tutti coloro che, nei secoli successivi e, soprattutto, in epoca moderna, nel mondo occidentale, si vanteranno di averlo studiato, ammirato, imitato. Un avvocato che nel foro sapeva scrivere e parlare utilizzando magistralmente le forme della dialettica e dell'oratoria, un retore capace di "condurre per mano", quasi dolcemente, l'interlocutore alla persuasione o, se necessario, di convincerlo con la forza incalzante dei suoi argomenti; dunque, un profondo conoscitore delle rigide formule, del rito, che permettevano di arrivare alla decisione dando forma e sostanza ai diritti, solo in tal modo riconosciuti nel sistema giuridico della Roma classica.

3. *Cicerone nella giurisprudenza e nella dottrina processualciviltistica*

Proprio per quanto brevemente ricordato nelle pagine che precedono, giurisprudenza e dottrina non hanno ignorato gli insegnamenti di Cicerone. La formazione del giurista moderno è intrisa dello spirito classico, ma la stessa legislazione attuale, sostanziale e processuale, è il frutto, la sintesi di un'elaborazione che, senza soluzione di continuità, costituisce la diretta evoluzione della tradizione giuridica romana. Come noto, il diritto comune non ha rappresentato altro che l'incontro tra lo *ius civile* e quello canonico, faticosamente tramandati attraverso il certosino lavoro delle istituzioni ecclesiastiche, in particolare nei monasteri degli amanuensi e, poi, studiati e divulgati attraverso le nascenti Università, a Parigi, Oxford ed ancor prima a Bologna, sino ai giorni nostri⁹.

La stessa fondamentale distinzione tra la tradizione di *civil law* e *common law*, solo all'apparenza costituisce invalicabile spartiacque del mondo giuridico occidentale poiché, a ben vedere, anch'essa rappresenta semplicemente la versione attuale di due esperienze che risalgono a distinte epoche della medesima storia romana: nel primo caso, le grandi

⁹ È presso l'*Alma Mater* che Irnerio, intorno all'anno Mille, finalmente, riporta la luce in un mondo oscuro, sino a quel momento dominato dall'arbitrio del più forte. Quell'«Irnerio stesso, che allo studio del diritto diede base veramente scientifica e con la bontà del metodo ne vivificò l'insegnamento, dovette anch'egli apparire quasi un mito, allorché si perdettero di vista gli altri fattori della sua fama che tanti nomi più modesti e meno fortunati travolse nell'oblio»: così Besta 1896, 2.

codificazioni che derivano, più o meno direttamente, dalla “raccolta postuma” contenuta nel *Corpus Iuris civilis* di Giustiniano; nel secondo la più autentica e diretta applicazione del principio giurisprudenziale, *case made law* si direbbe oggi, appunto dell’epoca di Cicerone¹⁰.

Si può affermare allora, senza tema di smentita, che tutto il mondo occidentale, esteso anche all’America latina ed ovviamente a tutte le colonie inglesi, francesi e olandesi, può essere ricondotto alla comune matrice classica. Stiamo parlando, dunque, di un patrimonio immenso del quale il maestro ha avuto lo straordinario compito di rappresentare, certamente non da solo, ma forse come il più grande tra i grandi, la più autentica sintesi e l’immagine più fulgida.

Nel nostro sistema giuridico interno la giurisprudenza ha fatto tesoro, nell’interpretare la legge, della tradizione romanistica¹¹: ad esempio in norme fondamentali, per la materia sia sostanziale sia processuale. Si pensi per un momento all’art. 12 delle c.d. preleggi, laddove l’idea residuale, ma pervasiva, immanente, di *analogia iuris* necessariamente conduce ad istituti che affondano le loro radici nell’epoca classica¹². Ancora in tema, è facile richiamare l’azione revocatoria o *actio Pauliana*¹³ e la sua proiezione più specificamente processuale prevista dall’art. 404, comma secondo, c.p.c., nell’ambito delle impugnazioni, ma anche in sede esecutiva, ai sensi degli artt. 602 e ss. c.p.c. Si pensi poi all’elaborazione del concetto di equità quale giustizia del caso concreto, più volte menzionato nel *De oratore*¹⁴, che trova ora naturale specificazione anche, ma non solo, nel codice di procedura civile agli artt. 113 e 114. Infine, la stessa struttura del processo e la terminologia che il processualcivilista utilizza, *in primis* la giurisprudenza di legittimità e di merito, rievoca continuamente la tassonomia propria del

¹⁰ Infatti, appare evidente come la tradizionale distinzione del processo formulare nelle due fasi *in iure* e, rispettivamente, *apud iudicem* trovi un chiaro parallelismo nell’attuale *pre-trial* e *trial* della cultura angloamericana. Per approfondimenti in proposito cf. per tutti Sime 2019, 424, nonché 429.

¹¹ Cf. in proposito Micali 1993, 10.

¹² È il c.d. *ius gentium* che racchiude l’idea di universalità del diritto mondiale che trova le sue radici nell’esperienza giuridica romana. Cf. e.g., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 1989, n. 253; «Riv. giur. lav.» 2, 1990, 115.

¹³ Sul rapporto sostanziale/processuale che idealmente lega l’azione revocatoria ordinaria e l’opposizione di terzo c.d. revocatoria, nonché sulla logica giuridica che ne discende, cf. e.g. Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2011, n. 19804; «Giust. civ. Mass.» 9, 2011, 1358.

¹⁴ Cicerone poneva l’equità in diretta, ideale, contrapposizione al diritto, dacché quando l’una si allarga, l’altro si restringe: cf. *de orat.* 3, 36.

processo formulare¹⁵. Attore e convenuto, azione, giudicato, ecc.: sono tutti istituti che nascono all'epoca di Cicerone e vengono utilizzati quotidianamente in tutte le aule di giustizia.

Naturalmente, l'enorme fardello di tale eredità è stato sempre tenuto in considerazione dalla dottrina più autorevole¹⁶. Citare tutti i maestri contemporanei che nelle loro opere hanno dato sapiente dimostrazione della conoscenza, in chiave moderna, degli insegnamenti di Cicerone sarebbe pressoché impossibile e qui inutile, tanto si risolverebbe in una mera elencazione didascalica di nomi e in semplicistici richiami ad opere e contributi. Basterà qui ricordare alcuni tra i fondatori della scienza processualistica moderna: Chiovenda, Carnelutti, ma ancor prima Betti e, forse più di ogni altro, Piero Calamandrei. Quest'ultimo, ad esempio, nella sua famosa monografia sul giudizio di Cassazione¹⁷, muove da una ricostruzione storica delle impugnazioni, partendo proprio dal fondamentale istituto classico dell'*appellatio*, dando così eccelsa dimostrazione di quanto lo studio del diritto romano sia indispensabile per chiarire l'attuale disciplina normativa, interpretarla e renderla viva, perché il diritto, soprattutto quello processuale, è tale solo se serve all'uomo, essendo nato da e per l'uomo, soprattutto per garantire efficacia ed effettività, in questo misurandosi la sua stessa esistenza¹⁸. Del resto, quello che è stato uno dei nostri più autorevoli Padri Costituenti, come noto, viene ricordato oltre che dall'Accademia, dal più vasto e variegato mondo degli operatori del diritto, anche e soprattutto per un libriccino, "semiserio", tanto gustoso quanto leggibile nello spazio di una nottata che trasuda chiaramente, in molte sue parti, la grande conoscenza ed ammirazione per le opere di Cicerone¹⁹.

¹⁵ E.g. l'*actor, is qui agit*, nel diritto romano, è colui che assume l'iniziativa del processo. Cf. Burdese 1987, 81.

¹⁶ E.g. «in Francesco Carnelutti si combinano le due grandi anime del giurista, antico retaggio della civiltà del diritto: Ulpiano, l'archetipo della sistemazione giuridica, si combina con Cicerone, il grande retore»: così Galgano 2009, 765.

¹⁷ Cf. Calamandrei 1920, 17. Cf. in proposito anche Ziino 2016, 1112, secondo cui «le categorie delle azioni di impugnativa e dei mezzi di gravame sono state elaborate da Calamandrei [...] utilizza[ndo] come primo fondamento della sua ricostruzione il dato storico e, in particolare, la funzione dell'appello nel diritto romano».

¹⁸ Sulla fondamentale importanza del principio di effettività nel processo civile cf. l'autorevole contributo di Proto Pisani 2014, 825.

¹⁹ Ci riferiamo ovviamente al celeberrimo *Elogio dei giudici da parte di un avvocato* (Calamandrei 2008) che condivide, e.g. proprio con il *De oratore*, i tanti aneddoti di vita forense, le metafore, l'ironia e persino, a ben vedere e pur con tutte le distinzioni del caso, a partire dalle differenti lingue utilizzate e la distanza siderale tra le epoche oggetto di narrazione, lo stesso stile linguistico.

4. Cicerone avvocato

Ma a ben vedere, ogni processualcivilista, sicuramente tutti i grandissimi citati nel precedente paragrafo lo sono stati, è anche un avvocato, quantomeno nello spirito, se non proprio nell'effettivo esercizio della professione forense²⁰.

Nella Roma antica, come noto, l'oratore nel foro non era il giureconsulto dotato dello *ius respondendi ex auctoritate principis* di matrice imperiale. All'epoca, ancor più di oggi forse, il lavoro del giurista pratico era molto diverso da quello del teorico²¹.

Cicerone incarna l'idea stessa del grande avvocato, il c.d. principe del foro, maestro di retorica ed impareggiabile oratore dell'antichità, la sua figura è sinonimo di abilità dialettica, il difensore nell'esercizio del suo nobile ed alto ministero, non certo il leguleio Azzecagarbugli di manzoniana memoria, bensì il sapiente e lucido giurista capace di trasformare in Verità, sancita dal Giudice nella sentenza che definisce il giudizio, quella originariamente nata come una semplice argomentazione di parte²².

Ed infatti a lui sono riconducibili una serie di opere, il *De oratore in primis*, ma come non citare le *Filippiche*, le *Catilinarie*, le altre opere retoriche ecc., che costituiscono una miniera immensa ed inesauribile di "cronache giudiziarie" e prima ancora di consigli e regole su come esercitare al meglio la professione forense nel suo momento cruciale, cioè quello in cui l'avvocato deve riuscire ad accompagnare, condurre, il cuore e la ragione di chi lo ascolta,

²⁰ È stato un grande avvocato, e.g., anche lo stesso Giuseppe Chiovenda, come ricorda Cipriani 2005, 166. Ma cf. anche Chiovenda 2005, 11, ove si trae un passo di un discorso commemorativo del grande maestro piemontese pronunciato da Arturo Carlo Jemolo secondo cui «fu tra i maggiori avvocati d'Italia: da tutte le nostre città avvocati affluivano a lui a sottoporgli le cause più ardue, e non c'era ramo del diritto civile, commerciale, industriale, amministrativo in cui l'avvocato Chiovenda non abbia combattuto una bella battaglia».

²¹ Nel Regno Unito, e.g., permane la tradizionale distinzione tra la figura del Barrister e del Solicitor: solo il primo professionalmente preparato a discutere nel contraddittorio, *apud iudicem*, esperto nell'elaborare una strategia e nello scegliere gli argomenti difensivi più adatti per ottenere il risultato voluto, i.e. la tutela richiesta ed auspicata dal proprio cliente. Si tratta, peraltro, di una rigida, storica, separazione professionale che va man mano sfumando i suoi contorni: cf. in proposito Slapper-Kelly 2004, 557.

²² Un po' come accadeva quando il Buonarroti, di fronte ad un immenso blocco inanimato di marmo, era il solo a scorgere la perfetta ed armoniosa scultura che si nascondeva al suo interno.

naturalmente, dalla propria parte al fine di assicurare il miglior servizio al proprio cliente: se possibile, la vittoria²³.

In questo Cicerone era impareggiabile e la sua leggenda, prima ancora che i suoi scritti, ha affascinato i più grandi personaggi di ogni epoca. Da Robespierre che, come noto, veniva chiamato “il Romano” proprio per la sua padronanza della retorica e dell’eloquenza, acquisite in anni di formazione classica, fino ai discorsi intrisi di retorica pronunciati da John Fitzgerald Kennedy negli anni Sessanta dello scorso secolo, passando per Fidel Castro e Martin Luther King, tutti avvocati accomunati da una smisurata passione per gli oratori della Roma antica. Anche Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei erano avvocati, dotati di una profondissima erudizione forgiata, ovviamente, dallo studio di opere fondamentali quali, ad esempio, il *De oratore*. Veri e propri principi del foro capaci di far rivivere, nelle aule di giustizia, la potente forza persuasiva di una tesi difensiva ben esposta, misurata, di “colpire fisicamente” l’uditore ed al tempo stesso di farlo riflettere, quasi inconsciamente, al punto da fargli credere di aver maturato spontaneamente un convincimento favorevole a chi appunto ha parlato, non a seguito della fondamentale opera persuasiva di quest’ultimo, bensì per un’innata, immanente tensione al riconoscimento di ciò che è vero da ciò che invece è falso, di quello che è giusto in luogo di quello che è sbagliato²⁴.

In definitiva, quindi, stiamo parlando di avvocati che sono stati grandi, anche perché capaci di far rivivere ed incarnare gli insegnamenti del maestro nei secoli, perpetuando nel tempo un vero miracolo: infatti, nessuno di costoro ha mai visto, sentito o addirittura parlato con Cicerone, nessuno ha mai potuto osservarne i movimenti, imitare la sua voce ed imparare ad esempio dai suoi silenzi, fondamentali nell’esercizio dell’arte retorica, perché capaci di

²³ Maestro di prosopopea, nel senso più nobile del termine, e.g. come non ricordare in *Cael.* 33-34, il momento dell’arringa in cui Cicerone fa addirittura “resuscitare” un testimone utile alla tesi da lui sostenuta. Ovviamente, in concreto, vi sono molti modi per vincere, nel rito, nel merito, ma a volte, anche il parziale accoglimento delle proprie ragioni equivale ad una grande vittoria.

²⁴ Parlando di Carnelutti, Coppi 2003, 52, si chiede in che cosa consistesse la sua classicità: «perché [...] Carnelutti per me è fra gli oratori classici. Innanzitutto un’audacia incredibile nella sperimentazione di nuovi concetti; poi, accanto a questa ardua capacità di battere vie nuove, una inaudita semplicità formale nella esposizione dei suoi concetti [...] e poi, il che conta, una bellezza sensuale della voce che solo chi l’ha ascoltata può capire a cosa io intenda riferirmi».

accrescere o diminuire, il *pathos* dell'esposizione a seconda delle esigenze argomentative del momento²⁵.

Del resto, Cicerone fu non solo un grandissimo maestro di retorica, applicata al diritto, ma anche, come usava al tempo, un fine politico²⁶. Un uomo che seppe trovare sempre la giusta misura, la via d'uscita per vivere in un mondo estremamente violento e ricco di contraddizioni quale quello della romanità classica, dove non solo la miseria, ma anche l'eccessiva esposizione, potere e ricchezza, potevano risultare fatali. Un'arte, quella dell'oratoria, speculativa, intellettuale a tutto tondo si direbbe oggi, che gli consentì di partecipare alla vita del suo tempo lasciando una traccia di sé indelebile, potente, fino ad oggi così tanto studiato ed amato in tutto il mondo.

Emblematica, a tal proposito, è la straordinaria importanza del suo pensiero nella tradizione giuridica d'Oltremarina. Premesso nelle pagine precedenti che anche tutto il vigente sistema di *common law* affonda le proprie radici nel diritto romano, è estremamente interessante notare come la più importante letteratura giuridica anglosassone sia fortemente influenzata, addirittura "generata", dagli studi classici, principalmente da Cicerone. Si pensi, solo per un attimo, ad alcune delle principali opere di Shakespeare, quali, su tutte, il *Mercante di Venezia* o l'*Otello*, vere e proprie rappresentazioni di vicende processuali fatte di confronto, scontro dialogico e strategico tra tesi contrapposte, in un continuo, serrato, succedersi di avvenimenti intrisi di tattiche, inganni, gesti di autentico eroismo e misericordia²⁷. Da ultimo, si pensi all'insegnamento di quello che possiamo tuttora ritenere il più grande processualcivilista della storia inglese: quel Jeremy Bentham che, padre del c.d. *adversary system*, tantissimo deve nella sua elaborazione giuridica agli studi classici, alla romanità ed anche al concetto di piacere ed utilità elaborato da Cicerone.

²⁵ Secondo Mortara Garavelli 1994, 382, il silenzio non va visto in contrapposizione alla parola, bensì come semplice limite di essa e, dunque, con un'evidente funzione retorica, che si tratti sia di una pausa sia di un'allusione.

²⁶ Per un approfondimento critico si segnalano tra gli altri Lepore 1954; Kumaniecki 1972; Stockton 1984; Grimal 1986; Narducci 2005a; 2005b; 2009; Stroh 2010.

²⁷ Sull'interessantissimo tema riguardante il diritto nelle opere di Shakespeare cf. e.g. Cavallone 2015, 1060. In particolare, l'autore ricorda che la lettura dell'*Otello* costituisce «un trattato della prova presuntiva», ove si rivela «vistosamente l'influsso che la retorica classica, nel suo fondamentale aspetto "forense", ha esercitato, da un lato sull'evoluzione del diritto processuale inglese, e soprattutto su quello che sarebbe diventato il sistema dell'*Evidence*».

5. Cicerone “processualista”: maestro di retorica

Si è detto di Cicerone, maestro di retorica nel foro ove, plasticamente, si manifestava tutta la sua grandezza ed oggi l'utilità dei suoi insegnamenti in campo processualcivilistico. Se è vero infatti che il diritto processuale civile è un insieme di norme di diritto pubblico attraverso le quali si procede verso una decisione, la più possibile giusta, poiché rispettosa dei principi di forma che il legislatore ha predeterminato al fine di assicurare che, ad esempio, la prova si perfezioni nel contraddittorio pieno tra le parti di fronte al giudice, è del pari filosoficamente incontestabile che la verità processuale è sempre teoricamente altra cosa rispetto alla verità materiale, storica, che, come noto, esiste, ma l'uomo non è in grado di raggiungere²⁸. Da questa sintetica premessa, deriva pertanto l'estrema, sicuramente decisiva, importanza dell'oratore nel processo orale, ma prima ancora del retore dotato di eloquenza e capacità espositiva nella predisposizione degli atti processuali. Il compito di entrambi consisterà essenzialmente nel far assurgere a verità processuale, che il giudice riassumerà nel dispositivo, quella sostenuta dalla parte assistita che ebbe ad esporre al medesimo difensore in studio, giorni, mesi o, il più delle volte, anche molti anni prima. In altre parole, il bravo avvocato di udienza deve essere un fine conoscitore della norma processuale, ma anche, al contempo, e forse ancora di più, un esperto di retorica; certamente il bravo processualista non può che essere tutte queste cose e Cicerone senza dubbio lo era.

Il punto merita di essere ulteriormente approfondito. Il processo civile, il rispetto delle regole che lo fanno vivere, ha la funzione di mettere il giudice nelle migliori condizioni per conoscere la verità. Attenzione però, il giudicante si comporta come uno storico²⁹, cioè ricostruisce, per così dire a tavolino, per approssimazione, un fatto ormai passato, che non esiste più, per applicarvi poi le norme sostanziali, sussumendo la fattispecie concreta in quella astratta per poi giungere così al fatidico P.Q.M., il *dictum* contenuto nel dispositivo, la *regula iuris*

²⁸ La verità è un evento storico che è stato e non sarà più. Il giurista ha il compito di ricostruirlo e quindi lo fa per approssimazione: non può certo farlo rivivere. Cf. Gradi 2018, 51.

²⁹ Cf. Bloch 1949, 31. Il processo ha sempre ad oggetto fatti già verificatisi, poiché «è sempre in relazione ad avvenimenti trascorsi che uno accusa e l'altro si difende». Cf. Arist. *rh.* 1, 1359a. *Quis unquam ab historico iuratores exegit?* Così Seneca, *apoc.* 12, 1, su cui cf. Buongiorno 2010, 28.

del caso concreto. Ed allora, visto che il fatto da accertare è stato ormai “rapito da Kronos”, appare evidente che la verità trovata dal giudice solo per avventura, casualità, potrà coincidere perfettamente con quello che fu, poiché la ricostruzione che ne verrà data, spesso con mezzi di prova per loro natura fallaci³⁰, non potrà che essere il più delle volte una mera approssimazione di essa. Si arriva, pertanto, in tal modo al concetto di verità processuale, che è senz’altro cosa diversa da quella strettamente materiale, storica, ma ad essa più si avvicina in termini probabilistici, secondo la ben nota teoria del “più probabile che non”, come attualmente molto ben declinata, nella letteratura giuridica, ad esempio, in tema di nesso etiologico ed onere della prova³¹.

La verità dunque esiste, ma la giustizia umana non è attrezzata per farla rivivere, può solamente tendere ad essa, senza mai raggiungerla. Ma non dobbiamo stupirci di questo, perché, in fondo, il diritto è una scienza dello spirito e, come tale, non esiste in natura, nasce e muore con l’uomo, serve per assicurare la libera e pacifica convivenza tra i consociati³²: è frutto di una convenzione che deriva dal Patto sociale descritto da Hobbes nel *Leviatano*³³. Qui non si tratta di aprire al relativismo del risultato processuale, bensì di dare conto, in concreto, delle infinite variabili che conducono ad una decisione giusta, tali da

³⁰ Si pensi *e.g.* alla testimonianza ed alle presunzioni. La prima è, come noto, per sua natura imprecisa, soprattutto quando si allontana nel tempo l’effettiva escussione del testimone rispetto al fatto su cui rendere la dichiarazione di scienza. Le seconde sono ragionamenti logico-giuridici che il giudice fa per risalire da un fatto noto, c.d. secondario, ad uno ignoto, c.d. primario o decisivo; in quest’ultimo caso il controllo è solamente postumo in sede di motivazione ed attiene alla coerenza logica dell’inferenza. Cf. Bloch 1949, 37.

³¹ Cf. in proposito la recente Cassazione civile, sez. III, 27 marzo 2019, n. 8461; «Resp. civ. prev.» 2, 2019, 662, secondo cui «in tema di responsabilità civile, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all’interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano — ad una valutazione *ex ante* — del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell’accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”, mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio”».

³² Sulla nozione di *scientia iuris*, il diritto come esperienza giuridica, cf. il fondamentale Orestano 1987, 348.

³³ Come noto, Thomas Hobbes nel *Leviatano* sosteneva che per loro indole innata gli uomini fossero più portati a sopraffarsi, piuttosto che associarsi. Per tale ragione egli concepiva lo stato di natura come una condizione insuperabilmente conflittuale che andava conciliata attraverso la ricerca della pace sociale.

rendere sommamente importante, determinante, il *quomodo* della esposizione di una verità di parte, rispettando le regole processuali che dettano tempi e poteri degli attori di un palcoscenico ricco di sofferenza umana, ma anche d'indubbio fascino.

Ancora oggi, quindi, in grande misura, la sottile linea di confine tra l'accoglimento ed il rigetto della domanda passa attraverso la capacità professionale dell'Avvocato: pure questo è processo, nel suo significato più alto, ove si erge plasticamente, sommo ed ancora attuale, l'insegnamento di un grandissimo, forse più di ogni altro, come Marco Tullio Cicerone³⁴.

6. *Segue: l'attualità del suo insegnamento*

Cicerone, si diceva, è stato un grande oratore, testimone di eloquenza e dialettica, uno studioso del diritto, tattico e stratega, principe del foro dalle capacità ineguagliabili, uomo del suo tempo e fine politico. Le sue opere ne testimoniano la grandezza e rappresentano la più chiara ragione della sua "eterna voce": un imperituro esempio del suo immenso valore di intellettuale e giurista, anche simbolico, senza tempo. Il suo insegnamento, tuttavia, si inserisce nel quadro di tutto quello che rappresenta la più grande tradizione della retorica classica³⁵. Nel

³⁴ Ricorda Cic. *de orat.* 2, 102-103, *Equidem soleo dare operam, ut de sua quisque re me ipse doceat et ut ne quis alius adsit, quo liberius loquatur, et agere adversari causam, ut ille agat suam et quicquid de sua re cogitarit in medium proferat [...]. Ita adsequor ut alio tempore cogitem quid dicam et alio dicam; quae duo plerique ingenio freti simul faciunt; sed certe eidem illi melius aliquanto dicerent, si aliud sumendum sibi tempus ad cogitandum, aliud ad dicendum putarent.* Sottolinea ancora il maestro, ai successivi parr. 304-306, *Quid, cum personarum, quas defendunt, rationem non habent, si, quae sunt in eis invidiosa, non mitigant extenuando, sed laudando et efferendo invidiosiora faciunt, quantum est in eo tandem mali? Quid, si in homines caros iudicibusque iucundos sine ulla praemunitione orationis acerbius et contumeliosius invehere, nonne a te iudices abalienes? Quid, si, quae vitia aut incommoda sunt in aliquo iudice uno aut pluribus, ea tu in adversariis exprobrando non intellegas te in iudices invehi, mediocrene peccatum est? Quid, si, cum pro altero dicas, litem tuam facias aut laesus efferare iracundia, causam relinquo, nihilne noceas? In quo ego, non quo libenter male audiam, sed quia causam non libenter relinquo, nimium patiens et lentus existimor; ut, cum te ipsum, Sulpici, obiurgabam, quod ministratorem peteres, non adversarium; ex quo etiam illud adsequor, ut, si quis mihi male dicat, petulans aut plane insanus esse videatur. In ipsis autem argumentis si quid posueris aut aperte falsum aut ei, quod dixeris dicturusve sis, contrarium aut genere ipso remotum ab usu iudiciorum ac foro, nihilne noceas? Quid multa? Omnis cura mea solet in hoc versari semper – dicam enim saepius – si possim ut boni efficiam aliquid dicendo; sin id minus, ut certe ne quid mali.*

³⁵ Secondo Quint. 12, 8, 10 e 11, *Nam cum satis in audiendo patientiae impenderit, in aliam rursus ei personam transeundum est, agendusque adversarius, proponendum quidquid*

processo, il bravo difensore espone gli argomenti migliori per persuadere il giudice delle proprie ragioni e, per farlo, non basta conoscere il diritto sostanziale: l'avvocato deve necessariamente conoscere anche le regole processuali. In proposito è doveroso distinguere due piani fondamentali: quello scritto e quello orale. Ciascuno ha le sue peculiarità, ma anche tanti elementi comuni: partiamo dallo studio della procedura.

Oggi, quando il difensore scrive un atto processuale, deve avere presente la norma del codice di procedura civile che ne prevede i requisiti minimi di forma/contenuto. Tuttavia, anche quando prende la parola in udienza, deve sapere che cosa può dire o fare di fronte al giudice e, per farlo bene, dovrà tenere a mente le regole del rito che disciplinano le attività che è possibile compiere in quella determinata fase del processo. Al contrario, le due abilità appena menzionate senz'altro si distinguono, anzitutto per il diverso tempo della riflessione che accompagna l'agire del professionista: quando scrive l'avvocato è nel proprio ufficio, "accerchiato", ma anche rassicurato, da tutti i suoi strumenti, ora soprattutto informatici, di lavoro, pronto a stendere su carta, *rectius* "a computer", ragionamenti meditati con la necessaria calma; al contrario, in sede orale bisogna prendere decisioni in modo rapido, se non immediato, il fattore tempo può essere decisivo, ma anche il carattere dell'avvocato, la sua capacità di fare la scelta giusta senza particolari approfondimenti teorici, affidandosi di più al suo intuito, improvvisando e tenendo conto delle caratteristiche umane, anche personali, del comportamento processuale, ma non solo, di coloro con cui si rapporta, giudice, colleghi, testimoni, consulenti, ecc., faranno la differenza.

In definitiva, si tratta di un mestiere di studio e riflessione, ma anche fatto di momenti in cui il *pathos* e l'adrenalina rischiano di prendere il sopravvento, creativo e ricco di imprevisti, anche esilaranti, visto che si è a quotidiano contatto con le debolezze, le piccole furbizie e le miserie del genere umano³⁶.

I canoni fondamentali di un giusto processo sono, secondo Chiovenda, l'oralità, la concentrazione e l'immediatezza³⁷. Tuttavia,

omnino excogitari contra potest, quidquid recipit in eius modi disceptatione natura [...]. In summa optimus est in discendo patronus incredulus.

³⁶ In proposito, soccorre Calamandrei 2008, 127, secondo cui «è sorprendente la costanza colla quale i clienti, nello scegliere i loro avvocati, ricercano in loro proprio le qualità opposte a quelle che sono pregiate dai giudici».

³⁷ Cf. in proposito Denti1988, 347.

come noto, il rito a cognizione e contraddittorio pieni ed esaurienti in Italia, ordinario o speciale, poco importa a riguardo, è contrassegnato ancora dall'ampio utilizzo della forma scritta degli atti di parte. Cicerone, si è detto, è stato per lo più un grandissimo oratore, ma le sue più importanti opere, citate nelle pagine che precedono, costituiscono un patrimonio inesauribile di suggerimenti, per l'avvocato sia "da ufficio" sia "di udienza".

Ma a ben vedere, i consigli del maestro sono di ordine più pratico che teorico, poiché anch'egli non fa altro che rifarsi alla logica classica, anzitutto aristotelica, applicata al mondo del diritto, come ebbe modo già prima di insegnare Gorgia³⁸. Del resto, gran parte dei ragionamenti che il giudice compie per decidere sono di tipo inferenziale e, pertanto, val bene utilizzare sapientemente, secondo un piano strategico predeterminato e bene definito, "l'arte delle arti" applicata al sistema giuridico di riferimento per far coincidere una delle tante verità con quella processuale sancita dal *dictum* contenuto in calce alla sentenza.

7. Dialettica e retorica nel processo: uno sguardo d'insieme

Come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, l'insegnamento dei classici, la logica greca applicata al diritto romano, così potentemente emergente nella vita e nelle opere di Cicerone, è arrivato sino ai giorni nostri, pressoché senza soluzione di continuità, tuttora utilizzato, anche inconsciamente, dagli operatori del diritto e del processo, nei loro uffici e nelle aule di Giustizia.

Abbiamo poi iniziato a distinguere tra forma scritta ed orale nel giudizio, in corrispondenza dei concetti di dialettica, retorica ed eloquenza. Se è vero infatti, come insegna Platone nel *Fedro*, che lo scritto non lo puoi interrogare³⁹, è parimenti incontestabile che pur nelle, anche grandi, differenze tra il modo di parlare e lo scrivere, molti sono i punti di contatto tra queste due fondamentali forme di comunicazione. La capacità di argomentare, ad esempio, deve essere propria dell'uno come dell'altro momento.

³⁸ Λόγος δυνάστης μέγας ἐστίν, ὃς μικροτάτῳ σώματι καὶ ἀφανεστάτῳ θειότατα ἔργα ἀποτελεῖ (Gorg. *Hel.* 8).

³⁹ Deve essere solido come la roccia; cf. Plat. *Phdr.* 275d-e, che ritiene la comunicazione orale superiore a quella scritta perché la scrittura, al pari della pittura, arriva a coloro che la intendono, ma anche a coloro ai quali non importa nulla.

Nelle pagine che seguono, pertanto, si cercherà di porre le due fasi tendenzialmente sullo stesso piano, salvo evidenziare espressamente, di tanto in tanto, talune differenze, fermo restando che i punti in comune sono senz'altro molto più importanti rispetto a quelli difformi. Anzitutto, l'argomentazione giuridica si pone il compito di persuadere l'interlocutore, sia esso il Giudice e/o la Giuria; a volte però è necessario convincere, con argomenti meno dolci, più severi, quasi come ci si trovasse in un vero e proprio campo di battaglia che, tra l'altro, come insegna proprio «l'arte della guerra», sarebbe opportuno scegliere preventivamente per far cadere il nemico in trappola⁴⁰.

Per raggiungere il risultato auspicato bisogna utilizzare le armi della dialettica e, pertanto, affinare la propria capacità di argomentare ed ancor prima ricercare le migliori ragioni da porre a supporto della domanda formulata nell'atto introduttivo del giudizio. Ciò vale tanto nello scritto quanto nell'esposizione orale e, dicevamo, il difensore deve procedere maneggiando gli strumenti della retorica e dell'eloquenza secondo la tradizione che risale addirittura a Gorgia, secondo cui, come già sopra ricordato, la parola ha un potere quasi divino⁴¹. A questo punto, lo sviluppo del discorso giuridico, scritto od orale, seguirà le regole della logica, secondo cui, data una premessa, *in thesi*, successivamente le prove serviranno a dimostrare ciò che si afferma ed infine verranno formulate le conclusioni, i *petita* su cui il giudice dovrà pronunciarsi, stante il divieto di *non liquet: iudex secundum allegata et probata iudicare debet*.

Le regole della retorica evocano la tattica militare ed un uomo come Cicerone, politico di lungo corso, immerso nella vita del proprio tempo, certamente aveva una grande confidenza con la morte, la guerra, il pericolo, molto più di quello che oggi accade ad un intellettuale. Ed allora bisogna scegliere le truppe, *i.e.* cercare gli argomenti giusti, la c.d. *inventio*, per poi disporli sull'ideale campo di battaglia nel modo più consono per vincere, la c.d. *dispositio*. Il processualista deve fare tesoro di

⁴⁰ Per approfondimenti cf. Sun Tzu 2013, *passim*. Per restare ai classici, potremmo citare appunto la battaglia di Canne che fu vinta per scelte tattiche decisive quali, oltre alla disposizione degli armigeri, anche la scelta del campo di battaglia, che il grande Annibale studiò con cura.

⁴¹ Tale argomento richiama anche la tradizione culturale giudaico-cristiana, visto che già nell'Antico Testamento, così come nel Nuovo, si associa Dio al Verbo, tant'è che, come noto, secondo l'Apostolo Giovanni, «in principio era il Verbo, il Verbo era presso Dio, il Verbo era Dio».

questi insegnamenti, come ad esempio quello relativo alla scelta del luogo in cui avverrà lo scontro: tradotto, il rito, lo strumento processuale più giusto tra quelli disponibili. Oggi, ad esempio, per procedere al pignoramento di un'autovettura il difensore suggerirà al proprio cliente l'utilizzo del più classico pignoramento mobiliare presso il debitore, *ex artt. 513 e ss. c.p.c.*, oppure il nuovo art. 521 *bis c.p.c.*? Ancora, quando chiediamo al giudice del merito l'ordine di abbattere un manufatto pericolante che minaccia di rovinare sul nostro terreno, potremo concludere anche in via accessoria per la concessione di una misura coercitiva indiretta ai sensi dell'art. 614 *bis c.p.c.*? Le risposte a queste domande presuppongono evidentemente, al contempo, una puntuale conoscenza delle norme processuali, ma anche l'elaborazione di una strategia che deve portare al risultato migliore per il cliente nel minore tempo possibile.

Annibale nella battaglia di Canne, Scipione in quella di Zama hanno studiato la migliore disposizione dei loro uomini per ottenere la vittoria in battaglia, così come del resto hanno sempre fatto Carnelutti, Chiovena e Calamandrei quando, nelle vesti di avvocati, decidevano come strutturare la loro difesa in giudizio, selezionando gli argomenti più convincenti, secondo un ordine prestabilito e ben meditato⁴². Come si vede, insomma, le tecniche della retorica, tanto praticate da Cicerone, sono ancora oggi il pane quotidiano del processo e valgono tanto per lo scritto quanto per l'attività difensiva orale; un loro sapiente, accorto, misurato esercizio può fare la differenza tra la vittoria e la sconfitta, così come in guerra si misurava, nella strategia dei generali, la sottile linea di confine tra la vita e la morte.

8. *Segue: la fase istruttoria*

Abbiamo già visto quanto l'arte della retorica sia importante nell'applicazione concreta del diritto processuale di ogni epoca e come debba essere maneggiata, necessariamente anche oggi, dagli operatori del diritto. *Ethos*, *Pathos* e *Logos* non costituiscono parole che

⁴² Chi non ricorda, *e.g.*, il c.d. ordine nestoriano che, in campo giuridico, trasferisce gli insegnamenti del grande e saggio generale acheo Nestore, solito anteporre in battaglia le truppe più forti, per lasciare in riserva quelle meno pronte a reggere l'urto del primo scontro?

riecheggiano un lontano e glorioso passato, sono la sintesi del lavoro preparatorio di ogni consapevole attività difensiva, in tutto il mondo occidentale, ogni giorno. Il difensore deve sempre sapere dove si trova e con chi sta parlando; conoscere minutamente le regole del processo e le norme deontologiche costituisce la premessa fondamentale per costruire le solide basi del successo. In secondo luogo, il giurista deve avere la capacità di entrare in simpatia, nel senso greco del termine, appunto “condividere il *pathos*”, le emozioni, i sentimenti, dei propri interlocutori: il difensore non deve mai dare l'impressione di un'attività routinaria, svogliata, bensì di essere intimamente convinto di ciò che dice, partecipe quanto basta per rendere credibili i propri argomenti e capace di comprendere lo stato d'animo di chi ha di fronte. Infine, lo scritto e/o la parola debbono essere capaci di tradurre il pensiero in una forma comprensibile, chiara, coerente, per illuminare la mente di tutti coloro che leggono o ascoltano⁴³.

Il processo, tuttavia, vive di fasi ben precise, momenti che lo scandiscono e, proprio perché, come abbiamo già visto, la prova dei fatti è la l'unica cosa che conta, la c.d. istruzione probatoria assume un ruolo determinante, un vero e proprio spartiacque capace di spostare gli equilibri in favore di una parte e contro l'altra.

I mezzi di prova, cioè gli strumenti utilizzabili al fine di permettere al giudice di conoscere i fatti per maturare il proprio convincimento, nel processo civile sono tipici, cioè previsti espressamente dal legislatore⁴⁴. Anche in questo delicato momento, peraltro, è possibile per i difensori esercitare le proprie tecniche persuasive: solo per fare un esempio, si pensi al ruolo centrale tutt'ora ricoperto dalla testimonianza ed alle innumerevoli possibilità che ha l'avvocato di incidere sul suo risultato finale, con i quesiti da lui posti nella predisposizione dei capitoli di prova

⁴³ Non è un caso se il grande Irnerio è passato ai posteri con l'epiteto di *lucerna iuris* o, secondo la tradizione bolognese raccolta da Odofredo, *primus illuminator scientiae nostrae*: cf. Liebman 2007, 39.

⁴⁴ In realtà il tema della tipicità o meno della prova nel processo civile è assai spinoso, mai sopito e ricco di opinioni contrastanti, sia in dottrina sia in giurisprudenza. In difetto di espressa previsione che apra all'atipicità, tuttavia, il codice di rito deve essere interpretato, ci pare, nel rispetto più severo, come sostenuto da parte della dottrina, dell'art. 111, comma primo, Cost. e della conseguente necessità di limitare al massimo la discrezionalità del legislatore in merito alle modalità procedurali di perfezionamento del contraddittorio tra le parti in generale e sulla prova in particolare, questione quest'ultima che costituisce, come è noto, forse il momento fondamentale del processo e pertanto del sistema di tutela dei diritti. Cf. in proposito Cavallone 1978, 679; Verde 1988, 579; Carratta 2003, 60.

ma anche, seppur in minor misura, con le precisazioni da chiedere, in sede di udienza, al testimone. Bisogna, tuttavia, stare molto attenti a non esagerare: in un momento così delicato per le sorti del processo, Calamandrei, così come prima lo stesso Cicerone, profondo conoscitore dell'arte oratoria classica, ricorda come una buona causa tema solamente un pessimo avvocato che la sostenga⁴⁵.

La vita reale non è mai così semplice, come invece viene rappresentata nei film polizieschi: il testimone potrebbe non avere alcuna voglia di "dire la verità" ed incalzarlo per farla emergere su fatti che egli comunque ha vissuto in prima persona non è quasi mai una buona scelta difensiva, poiché per lui sarà probabilmente facile ricostruirli a proprio piacimento rispondendo a tono e, quindi, disinnescando il tentativo in atto da parte del difensore, con un effetto *boomerang* capace di spostare il pendolo in favore della tesi avversaria.

Un'altra regola pratica, molto importante, è quella di ascoltare prima il proprio testimone per capire cosa ha realmente da dire e, soprattutto, come lo dice. Per il cliente, infatti, è sempre tutto molto chiaro: non solo chi ha ragione e, dunque, il risultato che dovrà avere il giudizio, ma anche la "tenuta" del testimone da lui indicato. L'esperienza empirica dimostra invece il contrario, soprattutto da quest'ultimo punto di vista, ed allora, fermo restando che non possono essere suggerite le risposte, convocare il testimone per saggiarne le reali intenzioni e capacità espositive è certamente una buona prassi.

Ma il sistema maggiormente interessato, sia teoricamente sia in pratica, dall'utilizzo delle tecniche della retorica, è senz'altro quello delle presunzioni. Come noto, disciplinate in generale dagli artt. 2727 e ss. del c.c., costituiscono mezzi di prova estremamente importanti ed ampiamente utilizzati, sia dal legislatore, c.d. presunzioni legali, sia dalla giurisprudenza, *i.e.* giudiziali o semplici. Da quest'ultimo punto di vista, siamo in presenza di inferenze, ragionamenti logico/giuridici che il giudice compie partendo da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato.

Le c.d. prove critiche indirette sono tradizionalmente il regno della retorica, all'epoca di Cicerone non a caso si parlava di *probationes*

⁴⁵ «Avvocato, prima di ripartire per le mie terre, sono venuto a ringraziarla della bella vittoria – Ringraziarmi? Lei non deve ringraziare me, che non ho fatto nulla per vincere questa causa; deve ringraziare l'avvocato avversario, che l'ha perduta». Così Calamandrei 2008, 24.

*artificiales*⁴⁶: qui il difensore, vestendo i panni dello psicologo, deve far credere al giudice di essere da solo arrivato alla soluzione del caso senza accorgersi che, invece, il risultato finale è dovuto essenzialmente all'abilità retorica del suo interlocutore.

9. *Segue: tecniche di redazione scritta dell'atto processuale*

D'altra parte, si diceva, l'arte della retorica, soprattutto nel processo civile, si misura anche nella esposizione scritta. Platone nel *Fedro* ricordava che lo scritto deve essere solido come una quercia. In questo momento storico, in Italia, deve essere anche sintetico, ma senza perdere le necessarie caratteristiche di completezza e chiarezza⁴⁷. Anche qui si deve partire dalla conoscenza approfondita delle regole processuali, poiché ogni atto del processo civile deve possedere ben precisi requisiti di forma-contenuto previsti a pena di nullità dal legislatore. Ogni rito ha le sue peculiarità ma, tendenzialmente, i momenti più importanti del processo civile sono scanditi proprio da un atto introduttivo, quello con cui la parte si presenta al giudice, il biglietto da visita, per così dire, della difesa, ed uno conclusivo, riepilogativo, depositato prima che quest'ultimo pronunci la decisione finale. In entrambi, si deve necessariamente misurare anche la capacità retorica, la dialettica di chi scrive. La struttura dell'atto deve essere rigorosamente logica, secondo il ben noto canovaccio costituito da una premessa, seguito da una tesi, le prove a supporto e le conclusioni. A ben vedere, però, oltre ad una ben studiata proporzione tra tutte le parti anzidette, magari aiutando il lettore con alcuni accorgimenti grafici come sottolineature, corsivi, grassetto, ecc., quello che fa spesso la differenza è proprio, anche in questo caso, la capacità di entrare in sintonia con il destinatario dello scritto, colpendolo, utilizzando i giusti argomenti, secondo la sequenza più opportuna, se necessario con un linguaggio, in taluni passaggi, duro, schietto o, viceversa, divertente e sarcastico.

⁴⁶ In realtà si tratta di una sistematica che affonda le proprie radici ancor prima, in Grecia, dalla retorica aristotelica che nella sua traduzione latina soleva distinguere appunto tra *probationes artificiales et inartificiales*, le quali ultime si scindevano a loro volta tra prove tecniche ed atecniche, intrinseche ed estrinseche, proprie ed improprie: cf. Arist. *rh.* 1, 2, 1355b.

⁴⁷ Sulla tecnica di redazione delle sentenze, in termini di completezza e concisione, cf. Fradeani 2009, spec. 13; 64. Cf. anche in tema Alpa 2003, 21. Secondo Calamandrei 2008, 88-89, «La brevità delle difese scritte ed orali (ma noi avvocati non riusciamo mai ad impararlo!) è forse il mezzo più sicuro per vincere le cause».

Come si vede, anche in questo caso, l'esperienza e la cultura "a tutto tondo" giocano un ruolo spesso decisivo, ma solo se supportate da una grande, grandissima capacità espositiva.

In conclusione, le variabili da considerare per arrivare all'accoglimento della domanda in un processo civile sono innumerevoli, non ultime, anzi forse più importanti, sono quelle su cui meno possono incidere la professionalità e la scienza del difensore. Ci riferiamo in particolare a tutte quelle caratteristiche intime e personali del giudice: ogni individuo infatti può essere più o meno competente, attento, preparato, solerte, ovvero incorrere in errori, disattenzioni, superficialità, intollerabili lentezze.

A tutti questi possibili eventi è difficile porre rimedio, come a dire, insomma, che anche il grande Cicerone potrebbe fare ben poco di fronte a sciatteria, ignoranza, svogliatezza, ma questa consapevolezza non può che rafforzare, non diminuire, la ricerca e lo studio continui al fine di migliorarsi, perché a chi nella Giustizia non crede, certamente questa non apparirà mai⁴⁸.

10. *L'arte della retorica è oggi in pericolo? Brevi considerazioni de iure condito et de iure condendo*

Oggi l'arte retorica nel processo civile italiano è in serio pericolo, quasi a rischio di estinzione, come una specie protetta dal WWF. Le ragioni sono molteplici, forse la più importante è rappresentata dall'attuale irragionevole durata dei processi⁴⁹, ma incide fortemente anche la depressione economica che attanaglia il nostro Paese ormai da alcuni decenni.

Cerchiamo di sviluppare rapidamente questi due temi partendo dal secondo. Abbiamo visto nelle pagine che precedono quanto studio,

⁴⁸ Cf. Calamandrei 2008, 3, secondo cui «Per trovar giustizia, bisogna esserle fedeli: essa, come tutte le divinità, si manifesta soltanto a chi crede».

⁴⁹ Secondo Carratta 2011, 1, «Quello della "durata ragionevole del processo" è uno dei più rilevanti principi processuali presenti nella nostra Carta costituzionale» e tuttavia, «Qualsiasi intervento legislativo sulla durata dei processi, che non si preoccupi della necessaria salvaguardia dell'effettività del diritto di azione (dei privati, nel processo civile; del p.m., in quello penale) e del diritto di difesa delle parti, non fa affatto applicazione del "principio della ragionevole durata del processo", ma, al contrario, negando il diritto alla tutela giurisdizionale ed al diritto di difesa, finisce per porsi in contrasto proprio con questo principio costituzionale».

quanta ricerca, quanta maestria necessita il sapiente utilizzo delle tecniche della retorica ciceroniana nel processo civile moderno. È quasi superfluo ricordare come tutto questo complesso armamentario dialettico e retorico sia possibile dispiegarlo anzitutto se, dal punto di vista economico, il difensore è in grado di sostenerne i costi. In altre parole, il tempo è denaro e, spesso, a fronte di controversie dalla notevole complessità giuridica e dall'incerto risultato finale, l'avvocato italiano di oggi si trova davanti un valore complessivo della lite molto basso, bagatellare e, magari, un cliente che non paga. Solo la passione, allora, può consentire di assumere "in coscienza e, soprattutto, in scienza" la causa; ma a volte anche quella può venire meno e, con essa, la fiducia nell'esercizio di una professione intellettuale dalle solide, sacre, radici storiche, ma oggi relegata, spesso, ad oggetto di scherno in barzellette di dubbio gusto.

Ma anche a voler superare per mero esercizio teorico il fondamentale, pratico, problema testé rappresentato, bisogna tenere conto del fatto che oggi, soprattutto nel processo civile, il principio della ragionevole durata sancito dall'art. 111, comma secondo, Cost. ha assunto un ruolo predominante, non solo nell'interpretazione delle norme processuali che viene data, anzitutto, dalla Suprema Corte di Cassazione, ma sulla prassi di esercizio della giurisdizione tutta e, a cascata, sul modo di svolgere il lavoro da parte di ogni operatore del diritto.

In estrema sintesi, l'applicazione brutale di un giusto principio ha creato nel nostro Paese un'intollerabile compressione dei tempi di svolgimento dell'udienza che, ormai, il più delle volte, diventa vuoto rituale fordista privo di contenuto: si pensi ad esempio alla previsione di limiti massimi di lunghezza dello scritto difensivo, che certamente pregiudica "in modo lineare" la capacità espositiva/argomentativa del difensore, sempre diversa a seconda del tipo di causa⁵⁰.

Appare così evidente l'odierno attacco frontale allo studio, all'approfondimento, alla ricerca di una soluzione ragionata e meditata che necessita naturalmente del giusto tempo e spazio per essere esposta nello scritto o spiegata in sede orale. L'art. 180 del codice di rito, che

⁵⁰ Secondo Coppi 2003, 64, in questi tempi moderni «Predomina il mito dell'efficienza [...] vien fatto chiedersi che senso ha studiare, arricchire il proprio vocabolario e poi frugare, frugare tra le parole per scegliere quella più appropriata quando è sufficiente un discorso approssimativo, quando l'importante è chiedere ed ottenere rapidamente quel che sembra essere il risultato più appetibile in quel momento [...] certo gli spazi per l'oratoria e per l'eloquenza si stanno riducendo».

sancisce il primato dell'oralità nel processo, è purtroppo relegato a mera petizione di principio, privo di reale portata applicativa, e lo scritto quasi mai viene soppesato, valutato integralmente, considerato com'è, molto spesso, un appesantimento ed un ostacolo per il giudice. Tali considerazioni sul nostro sistema processuale interno vengono confermate se si volge lo sguardo oltre frontiera, là dove la Giustizia civile viene esercitata senza l'assillo della ragionevole durata, *rectius* in ordinamenti dove, appunto, il processo non rincorre il dogma del fare presto proprio perché i numeri sono molto più limitati, le risorse meglio allocate, la litigiosità giudiziale proporzionalmente ridotta e, pertanto, *apud iudicem* è possibile ancora avere il tempo necessario per costruire una difesa, argomentarla, spiegarla e poi concludere.

Siamo arrivati al problema di fondo che in questi tempi moderni attanaglia la Giustizia come servizio ai cittadini limitato perché costoso, molto, in un'epoca di riduzione del *welfare* in ragione di discutibili politiche economiche che dimenticano la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Purtroppo, la risposta del nostro ordinamento non è tanto una migliore allocazione delle risorse disponibili, ovvero il trasferimento delle *best practices* locali a livello nazionale, bensì la riduzione dei tempi di discussione, del contraddittorio, la marginalizzazione del giusto processo in favore di forme sommarie quando non addirittura, nel nome di una primazia dell'economia sul diritto, la vera e propria degiurisdizionalizzazione della tutela dei diritti⁵¹. In altri termini, in nome di una errata e superficiale interpretazione del principio di ragionevole durata, si incide sul codice di rito comprimendo in modo inaccettabile proprio gli spazi dedicati al confronto orale e scritto funzionali ad argomentare e persuadere, far conoscere al giudice i fatti per deliberare con la dovuta ponderatezza, poiché necessariamente una decisione ha bisogno di tempo e meditazione per essere giusta.

Il profondo malessere in cui versa il nostro processo civile non deve indurre al pessimismo. *De iure condito*, infatti, nonostante i problemi appena segnalati, molte cose positive sono state fatte, si pensi ad esempio ad alcune novità del processo esecutivo individuale che hanno reso certamente più efficace il momento dell'attuazione materiale del

⁵¹ Altamente pericolosa, proprio perché mina alla radice la funzione costituzionale del processo civile, che è quella di tutelare i diritti soggettivi e gli *status* al termine di almeno un grado di giudizio a cognizione e contraddittorio pieni ed esaurienti. Cf. in tema Lanfranchi 2010, *passim*.

diritto accertato in via giudiziale e non. In ogni caso, poi, come si è cercato sin qui di spiegare, non potrà mai essere annullato del tutto il potente ruolo della dialettica, dell'oratoria e più in generale dell'arte retorica nell'attività difensiva volta a persuadere il giudice delle proprie ragioni. In questo, infatti, si risolve ogni processo, da sempre, prima di Cicerone, ed ancora oggi.

Ma si può fare ovviamente di più *de iure condendo*. Anzitutto per recuperare l'antico spirito del processo classico, ma in chiave moderna, senza cioè dimenticare l'epoca in cui si vive e, quindi, adattando gli insegnamenti del grande maestro alla modernità, nell'era della globalizzazione digitalizzata. Segnatamente, ci riferiamo alla necessità di temperare le esigenze di speditezza del sistema nel suo complesso con la capacità di assicurare nel giudizio il diritto al contraddittorio, all'azione ed alla difesa secondo un rito a cognizione piena ed esauriente nel rispetto del c.d. *fair trial* di cui all'art. 111 Cost. e 6 CEDU. Per fare questo essenzialmente due sono i profili su cui lavorare: in primo luogo risorse, umane ed infrastrutturali. Rispettivamente, coprire gli organici degli uffici giudiziari (ufficiali giudiziari, cancellieri, giudici, ecc.), implementare il sistema del PCT, acronimo che sta per processo civile telematico, vero fiore all'occhiello dell'Italia nel mondo occidentale – finalmente, dopo Cicerone, qualcosa di cui andare fieri in campo giuridico mondiale –, magari uniformando o semplificando i vari sistemi previsti per le diverse giurisdizioni interne⁵². Secondariamente, agire sul codice di rito incrementando il sistema di ADR secondo le esperienze emergenti soprattutto dal mondo angloamericano⁵³. In tal modo, si dovrebbe riuscire a ridurre il numero dei processi, poiché alla decisione si arriverebbe in un numero più limitato di casi, atteso che la controversia verrebbe definita prima in sede pre-giudiziale o *pre-trial*. Naturalmente, per rendere veramente efficaci strumenti come la mediazione/conciliazione/negoziazione bisognerebbe prevedere pesanti sanzioni in caso di comportamento stragiudiziale

⁵² Sul processo civile telematico, le ragioni della sua introduzione, limiti ed opportunità, giurisprudenza e dottrina a confronto, vedi il fondamentale e recente volume di Ruffini 2019, *passim*.

⁵³ In proposito, l'esperienza del Regno Unito è senz'altro vincente, quantomeno statisticamente, poiché un numero percentuale bassissimo di controversie arriva veramente ad essere deciso con un *judgment* al termine del *fair trial*. Per approfondimenti cf. il recente contributo di Blake-Browne-Sime 2016, spec. 131, ove viene evidenziata la forte deterrenza costituita dalle sanzioni comminate per chi non tenta seriamente di esperire tutti gli strumenti conciliativi previsti dalla legge al fine di evitare il dibattimento vero e proprio di fronte al giudice.

le dilatorio e/o inerte, soprattutto utilizzando la leva delle spese giudiziali, estendendo l'applicazione, ad esempio, del vigente art. 96, comma terzo, c.p.c. È evidente infatti che, come insegna l'esperienza di molti Paesi avanzati tra cui il Regno Unito o il Canada⁵⁴, un efficiente sistema di risoluzione alternativa alla giurisdizione statale delle controversie, associato all'utilizzo giurisprudenziale delle spese a carico del soccombente in funzione di deterrenza rispetto ad azioni pretestuose e meramente dilatorie, riduce al massimo le liti evitando il c.d. "collo di bottiglia" rappresentato dalla pronuncia della sentenza finale. Il risultato, quindi, sarebbe una forte diminuzione del carico pendente, così da consentire, finalmente, di fronte ad un contenzioso dai numeri ridotti, di dedicare più tempo ad ogni singola controversia. Solo in tal modo, allora potrebbe finalmente riapparire nelle aule di Giustizia, non per avventura, bensì istituzionalmente, di nuovo come un tempo, l'oratore perfetto, cioè colui che, come amava ricordare Cicerone, è capace, al contempo, di *probare*, *delectare* e, se necessario *flectere*⁵⁵.

Bibliografia

- Alpa 2000: G. Alpa, *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile» 2, 2000, pp. 321-356.
- Alpa 2003: G. Alpa, "Forensic Linguistics": *il linguaggio dell'avvocato nell'evoluzione dell'ordinamento, dei metodi interpretativi, delle prassi e della tecnologia*, in Mariani Marini 2003, pp. 21-46.
- Aristotele 1996: Aristotele, *Retorica*, introduzione di F. Montanari, traduzioni e note a cura di M. Dorati, Milano 1996.
- Besta 1896: E. Besta, *L'opera d'Irnerio (contributo alla storia del diritto italiano)*, Vol. I. *La vita, gli scritti, il metodo*, Torino 1896.
- Blake-Browne-Sime 2016: S. Blake, J. Browne, S. Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, London 2016.

⁵⁴ Per quanto concerne l'ordinamento processuale canadese ed in particolare le *droit judiciaire privé* della Provincia autonoma del Québec, risulta particolarmente interessante notare come l'ADR costituisca un *Leitmotiv* di tutta la fase pre-contenziosa e contenziosa, dunque attivabile in ogni momento su istanza di parte o d'ufficio dal giudice. Cf. Piché 2014, spec. 38.

⁵⁵ Cf. Cic. *Brut.* 185, secondo cui l'oratore perfetto è colui il quale, in qualsiasi tipo di discorso, saprà parlare in modo tale da dimostrare, dilettere, commuovere. Il dimostrare è richiesto dalla necessità, il dilettere dal piacere, il commuovere dall'esigenza del successo: questa infatti è la cosa più importante tra tutte per vincere la causa.

- Bloch 1949: M. Bloch, *Apologie pour l'Histoire ou Métier d'Historien*, Paris 1949.
- Buongiorno 2010: P. Buongiorno, *Senatus consulta Claudianis temporibus facta, Una palingenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli 2010.
- Burdese 1987: A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1987.
- Calamandrei 1920: P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Vol. I. *Storia e legislazione*, Torino 1920.
- Calamandrei 1949: P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, «Rivista di diritto processuale» 1, 1949, pp. 23-51.
- Calamandrei 2008: P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, rist., Milano 2008.
- Cannadine 2000: D. Cannadine, *The Palace of Westminster as Palace of Varieties*, in *The Houses of Parliament: History, Art, Architecture*, London 2000, pp. 11-29.
- Carratta 2003: A. Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, «Rivista di diritto processuale» 1, 2003, pp. 27-64.
- Carratta 2011: A. Carratta, *Processo (ragionevolmente) breve*, in «www.treccani.it magazine» 2011, pp. 1-10.
- Carratta 2014: A. Carratta, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile» 1-2, 2014, pp. 47-76.
- Cavallone 1978: B. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, «Rivista di diritto processuale» 3, 1978, pp. 679-740.
- Cavallone 2015: B. Cavallone, *Iago e la probatio artificialis*, «Rivista di diritto processuale» 4, 2015, pp. 1060-1073.
- Chiovenda 2005: G. Chiovenda, *Memorie difensive*, a cura di F. Cipriani, Bologna 2005.
- Cipriani 2005: F. Cipriani, *Giuseppe Chiovenda avvocato*, «Il Foro italiano» 128, 9, 2005, coll. 166-170.
- Coppi 2003: F. Coppi, *Dall'oratoria classica all'eloquenza attuale*, in Mariani Marini 2003, pp. 47-65.
- Danovi 2018: F. Danovi, *Il linguaggio del processo*, Milano 2018.
- Denti 1988: V. Denti, *Chiovenda e le riforme del processo civile*, «Il Foro italiano» 111, 1988, coll. 347-356.
- Fradeani 2009: F. Fradeani, *Scritti di diritto processuale civile comparato*, Macerata 2009.
- Galgano 2009: F. Galgano, *Ritratti di giuristi italiani: Francesco Carnelutti*, «Contratto e impresa» 2, 2009, pp. 765-782.
- Gradi 2018: M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018.
- Grimal 1986: P. Grimal, *Cicerone*, Milano 1986.

- Kaser 1986: M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil neu bearbeitete Abhandlungen (Forschungen zum Römischen Recht)*, Wien-Köln-Graz 1986.
- Kumaniecki 1972: K. Kumaniecki, *Cicerone e la crisi della Repubblica romana*, Roma 1972.
- Lanfranchi 2010: L. Lanfranchi, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino 2010.
- Lepore 1954: E. Lepore, *Il princeps ciceroniano e gli ideali politici della tarda Repubblica*, Napoli, 1954.
- Liebman 2007: E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 2007.
- Maione 2015: M. Maione, *Ethos e Jus. Stato di diritto e teoria della cittadinanza*, Roma 2015.
- Mariani Marini 2003: A. Mariani Marini (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Milano 2003.
- Micali 1993: G. Micali, *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte suprema di cassazione*, «Giurisprudenza italiana» 1, 1993, pp. 10-22.
- Mortara Garavelli 1994: B. Mortara Garavelli, *Le "tacite congetture" dell'alludere*, in *La retorica del silenzio*, Atti del Convegno internazionale di Lecce, 24-27 ottobre 1991, a cura di C. A. Augieri, Lecce 1994, pp. 382-393.
- Narducci 2005a: E. Narducci, *Eloquenza e astuzie della persuasione in Cicero*, Firenze 2005.
- Narducci 2005b: E. Narducci, *Introduzione a Cicerone*, Bari 2005.
- Narducci 2009: E. Narducci, *Cicerone. La parola e la politica*, Bari 2009.
- Orestano 1987: R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.
- Piché 2014: C. Piché, *Droit judiciaire privé*, Montréal 2014.
- Proto Pisani 2014: A. Proto Pisani, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, «Il giusto processo civile» 3, 2014, pp. 828-843.
- Ruffini 2019: G. Ruffini (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano 2019.
- Ruffolo 2014: G. Ruffolo, *Quando l'Italia era una superpotenza: il ferro di Roma e l'oro dei mercanti*, Milano 2014.
- Scialoja 1911: V. Scialoja, *Diritto pratico e diritto teorico*, «Rivista del diritto commerciale» 1, 1911, pp. 941-948.
- Sime 2019: S. Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, Oxford 2019.
- Slapper-Kelly 2004: G. Slapper, D. Kelly, *The English Legal System*, London 2004.
- Stockton 1984: D.L. Stockton, *Cicerone. Biografia politica*, Milano 1984.
- Stroh 2010: W. Stroh, *Cicerone*, tr. it., Bologna 2010.

Sun Tzu 2013: Sun Tzu, *L'arte della guerra*, tr. it., Milano 2013.

Verde 1988: G. Verde, voce *Prova*, in «Enciclopedia del diritto» 37, Milano 1988, pp. 579-591.

Verde 2011: G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, «Rivista di diritto processuale» 3, 2011, pp. 505-529.

Ziino 2016: S. Ziino, *I rimedi contro l'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, «Rivista di diritto processuale» 4-5, 2016, pp. 1107-1126.

