

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI
 Rettore Università
 "Lumsa"

MARIO CARAVALE
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
 Pres. Em.
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
 Prof. Em. Università
 di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO
 FERRER ORTIZ
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
 Ord. Università di
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
 Prof. Em. Università
 di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
 Ord. Università della
 "Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
 Ord. Università
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
 Prof. Em. Università
 di Firenze

PAOLO MENGOSZI
 Prof. Em. Università
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID
 Cat. Universitat
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO
 Cat. Universidad
 de Huelva

ALBERTO ROMANO
 Prof. Em. Università
 di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

già diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI

Rettore Università
"Lumsa"

MARIO CARVALE

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA

Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO

Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO

FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI

Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA

Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO

Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI

Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI

Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI

Prof. Em. Università
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID

Cat. Universitat
de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO

Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO

Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLIV - Fascicolo 1 2022



STEM Mucchi editore

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Trento
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Università di Padova; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Carlo Vittorio Giabardo

APPUNTI TRA STORIA E ATTUALITÀ SUL ‘MODELLO ORALE’ NEL PROCESSO CIVILE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’oralità nel suo contesto storico (cenni). – 3. Oralità, immediatezza e concentrazione come principi e non regole. – 4. L’oralità in senso stretto. La funzione del discorso parlato e il suo fondamento. – 4.1. Ciò che l’oralità ‘non è’. Note minime su retorica e leale collaborazione. – 4.2. Brevi considerazioni su oralità e virtualizzazione della giustizia. – 5. L’oralità in senso forte. La dimensione soggettiva (immediatezza) e temporale (concentrazione). – 6. Il giudice nel modello orale. Oralità e libera valutazione delle prove. – 7. Conclusioni (le critiche all’oralità tra prassi e teoria).

1. *Introduzione*

Uno dei temi più indagati del processo civile, oggetto di opinioni tanto appassionate quanto contrastanti, almeno all’interno della tradizione giuridica di *civil law*, è senza dubbio quello dell’oralità¹. Parola – quest’ultima – circondata da un

* Contributo sottoposto a valutazione.

Il presente articolo, in traduzione spagnola, è destinato alla futura raccolta di studi a cura di L. ALFARO (Pontificia Universidad Católica del Perú), *La oralidad en el proceso civil*, Lima.

¹ È abbastanza curioso notare come il problema dell’oralità non abbia tormentato con altrettanta forza la dottrina dei paesi di *common law* (lo rilevava già il decano dei processualcivili inglesi, J.A. JOLOWICZ, *Orality and Immediacy in English Civil Procedure*, in *Boletín de Derecho Comparado*, 1975, p. 595). Ciò è dovuto al semplice fatto che il processo civile angloamericano è stato da sempre, storicamente, connotato da una preminenza del discorso parlato sullo scambio documentale scritto, per ragioni sia tradizionali sia istituzionali (in particolare, la presenza della giuria e l’esistenza del momento del *trial*). Certamente, sarebbe però scorretta oggi l’equazione ‘processo di *common law* uguale oralità’, dato che, da un lato, anche là sono presenti atti scritti di fondamentale importanza, mentre dall’altro la fase (scritta) del *pre-trial* riveste un ruolo assolutamente cruciale, come ben dimostrato da M. TARUFFO, *Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law*, in *Foro*

alone di sacralità, che incute una sorta di timoroso rispetto, di certo se ci riferiamo al contesto italiano, stante il suo radicato collegamento con l'opera e l'insegnamento di Giuseppe Chiovenda, a partire dalla prima decade del Novecento, e poi con quello di buona parte della dottrina processualciviltistica successiva².

It., 2001, c. 345 ss. V., sul punto, anche L. PASSANANTE, *Oralità e scrittura nel processo civile inglese*, in *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008), a cura di F. CARPI, M. ORTELLS RAMOS, Valencia, 2008, p. 433 ss. Tra gli studiosi inglesi, mette in luce le trasformazioni che l'oralità ha subito negli ultimi tempi A. ZUCKERMAN, *English Civil Procedure - The Shift Away From Party Control and Orality*, in *Festschrift für Zivilprozess International*, 1996, p. 65 ss.

² È assai noto che Giuseppe Chiovenda fece dell'oralità una vera e propria missione, con la quale spesso lo si identifica: cfr. G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali* (1909), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 395 ss. (articolo che rappresenta il testo della conferenza con la quale si ritiene ebbe inizio la battaglia chiovendiana per l'oralità; per questo giudizio, B. CAVALLONE, «Preferisco il cattivo processo attuale» (Chiovenda, Mortara, e il «progetto Orlando»), in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 1050, nonché F. CIPRIANI, *I mortariani progetti Orlando fra l'«apostolato» di Scialoja e la «propaganda» di Chiovenda*, in *Id.*, *Storie di processualisti e oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866 – 1936)*, Milano, 1991, p. 125, spec. p. 141); *Id.*, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra*, *ivi*, cit., p. 7; *Id.*, *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (l'oralità e la prova)*, già in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 1 ss. e anche in *Saggi*, cit., p. 197 ss. Tra i discepoli più fedeli di Chiovenda, sul punto, si ricordano Antonio Costa, Antonio Segni e Piero Calamandrei. Del primo v. *Oralità e scrittura nel processo civile*, Imola, 1917. Del secondo, cfr. la voce enciclopedica *Procedimento civile*, in *Nuovo Dig. It.*, X, Torino, 1939, p. 539 ss. Del Calamandrei, parimenti, cfr. la voce *Oralità*, *ivi*, IX, Torino, 1940, p. 178 ss. (e ora ristampata con il titolo *Oralità nel processo civile*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, p. 450); *Id.* *Le controversie di lavoro e l'oralità*, in *Foro It.*, 1934, IV, c. 130 ss. In difesa dell'oralità si schiererà poi anche E. ALLORIO, *Sull'avvenire della giustizia civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1947 (ed in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, p. 513 ss.); *Id.*, *La vita del diritto in Italia*, in *Jus*, 1950, p. 42 ss. Naturalmente, non sono mancate, tra i *patres* del diritto processuale civile italiano, anche voci contrarie; essenzialmente, e autorevolmente, quelle di Lodovico Mortara ed Enrico Redenti. Sul punto, v. gli studi e le opinioni riportate nell'approfondita disamina storica di A. NICORA, *Il principio dell'oralità nel diritto processuale civile e nel diritto processuale canonico*, Roma, 1977 (spec. la Prima Parte, e spec., per le opinioni critiche all'oralità, p. 85 ss.). In senso critico, sempre autorevolmente, N. PICARDI, *Riflessioni critiche in tema di*

Questa centralità dell'oralità è giustificata dal fatto che essa non rappresenta semplicemente una questione tecnica relativa alla conduzione del processo, un dettaglio relativo al modo migliore di dibattere le questioni all'interno del giudizio. L'oralità, nel suo significato più pieno e profondo, è invece un tema che coinvolge la *forma*, l'*essenza stessa* potremmo dire, del diritto processuale. In gioco, insomma, c'è il modello, anche ideologico, che un dato ordine sociale si dà per la tutela civile dei diritti³.

È questo l'aspetto che si cercherà di mettere maggiormente in luce nel corso delle seguenti riflessioni.

L'oralità, in questa accezione ampia che qui interessa esaminare, non significa allora solo – com'è intuitivo – la preminenza, la prevalenza della parola espressa a voce, del discor-

oralità e scrittura, in *Studi in onore di Carlo Furno*, Varese, 1973, p. 703 ss. (e in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, p. 1 ss.); B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, p. 686 ss. (e ora in *Id.*, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 437 ss.). Nella dottrina spagnola, sempre in senso critico, di recente, J. NIEVA FENOLL, *Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras*, in *Justicia: revista de derecho procesal*, 2012, p. 101 ss.; *Id.*, *Los problemas de la oralidad*, *ivi*, 2007, p. 103 ss.; J. MONTERO AROCA, *La oralidad entre el mito y la realidad (o de la ideología autoritaria)*, in *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia 2006, p. 45 ss. In generale, sui caratteri dell'oralità, C. VOCINO, voce *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 592 ss.; V. DENTI, voce *Oralità. I) Principio dell'oralità – Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990 (e anche *Id.*, *L'oralità nelle riforme del processo civile*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 124 ss. e anche in *Riv. Dir. Proc.*, 1970, p. 434 ss.). Dal punto di vista del diritto comparato, infine, cfr. i pregevoli studi di M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, 1962; *Id.*, *L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà*, in *Giustizia e società*, 1972, p. 130 ss.; *Id.*, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano, 1971.

³ Va de sé che la questione dell'oralità e dei principi ad essa collegati è assai, e anzi più, sentita anche nel processo penale, e la letteratura specialistica in tema è vastissima. Nonostante, però, le considerazioni espresse con riferimento a un tipo di tutela valgono, in buona parte, anche nell'altro, nel corso di questo articolo mi riferirò esplicitamente al solo processo civile. Cfr., comunque, con riferimento al giudizio penale, il classico studio di F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.

so verbale e del dialogo sugli atti, sui documenti e sulle prove scritte, nelle varie fasi del giudizio (e, in particolare, nella trattazione, nell'istruzione e nella discussione della causa: cd. *oralità in senso debole o stretto*), ma si riflette assai più profondamente sull'intero modo di strutturare lo svolgersi del processo, sulla maniera di concepire la figura, il ruolo e i poteri del giudice (specialmente in riferimento alla valutazione delle prove, v. *infra*) e quindi, in definitiva, sul carattere stesso della tutela giurisdizionale civile⁴. È questa l'oralità che possiamo definire *in senso forte*, come esigenza che permea l'intera architettura processuale nel suo farsi. Calamandrei, uno degli Autori che più ha seguito le orme di Chiovenda sul tema qui in esame, è chiarissimo su questo punto: l'oralità – egli scrive – «ha assunto un significato pregnante che va assai al di là di quello etimologico»; essa, piuttosto, serve a «esprimere con una formula semplice e rappresentativa un complesso di idee e di caratteri» di cui «costituisce la sintesi ed il simbolo»⁵.

Questo complesso di idee e di caratteri che l'oralità racchiude manifesta una vera e propria *filosofia processuale*, una *Prozeßauffassung*, cioè concezione dominante del processo esistente in una data cultura e in un dato momento storico.

Quello che mi propongo di fare è pertanto descrivere e pensare nel modo più neutrale possibile, e per sommi capi, le idee che stanno a fondamento del 'modello orale', così come inizialmente concepito e argomentato dai suoi fautori, il significato originale di queste idee, e quali conseguenze ne possono derivare infine sul piano giudiziale, anche tenendo conto di alcune evoluzioni delle dottrine processuali contemporanee.

⁴ Su questo significato 'allargato' di oralità, come opzione politica-filosofica che informa di sé tutto il processo civile, con chiarezza, anche S. CHIARLONI, *Riflessioni minime sui paradossi della giustizia civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2019, p. 134 ss.

⁵ P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo civile*, cit., pp. 450-451.

2. L'oralità nel suo contesto storico (cenni)

Per capire questo significato esteso dell'oralità è necessario contestualizzarla con riferimento a ciò che, storicamente, le si oppone.

Manca certamente la competenza e lo spazio per una disamina storica sul punto. Basti però qui rilevare come la vera e propria battaglia condotta in Italia inizialmente da Chioven-da era sintomo di un mutato clima politico, di un diverso sentire culturale attorno i problemi della giustizia civile. Sulle idee di Chioven-da aveva avuto una potente influenza la visione complessiva di Franz Klein, come noto il padre della codificazione austriaca del 1895 e maestro di quel ‘socialismo processuale’ diffusosi poi, nel corso dell'inizio del secolo scorso, in quasi tutta l'area di *civil law*. È noto che Franz Klein (insieme a molti altri autori di lingua tedesca) esaltasse i principi della *Mündlichkeit* (oralità) e della *Unmittelbarkeit* (immediatezza) intese come garanzie fondamentali di una giustizia civile veloce, priva di formalismi e orientata alla scoperta della verità dei fatti di causa⁶.

Nella filosofia processuale di Franz Klein l'attività giurisdizionale è un *bene pubblico* (un ‘bene sociale’, *Wohlfahrtseinerichtung*) che, in quanto tale, deve svolgersi con il minor dispendio possibile di risorse (pubbliche) e di tempo, e nella forma più efficace ed effettiva possibile. Con Klein la tutela giurisdizionale cessa di essere quindi pensata come una *Sache der Parteien* (una ‘cosa delle parti’, come era precedentemente) e torna a pieno titolo dentro l'area del diritto pubblico. Le par-

⁶ Il riferimento è, ovviamente, a F. KLEIN, *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich*, Wien-Leipzig, 1891. Cfr. quanto detto, a questo proposito, da A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. MACARIO, M.N. MILETTI, Roma, 2017, p. 87 ss. (e anche in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, p. 579 ss.). V. anche, sul punto, le specificazioni di J. NIEVA FENOLL, *La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos*, in *Revista Ius et Praxis*, 2020, p. 157 e a p. 161, che ricorda, oltre a Klein e altri autori anteriori, anche i precedenti francesi del *Code de Procedure Civile* del 1806 e del *Code d'Instruction Criminelle* del 1808, a loro volta ispirati dal processo civile inglese con giuria.

ti, entrando nell'aula di giustizia, si spogliano – per così dire – della loro *signoria* sulla controversia e la mettono nelle mani dell'organo giudicante. La gestione del conflitto e il suo risultato – che altro non è se non 'l'attuazione della concreta volontà della legge', per usare la celebre formula di Chiovenda⁷ – riguardano la società nel suo complesso non meno che i soggetti coinvolti. Per questa ragione, il processo deve essere necessariamente rapido, effettivo e soprattutto diretto alla scoperta della verità, in quanto – come scrisse Emilio Betti – «il dare ragione a chi ce l'ha, dal punto di vista sostanziale, non è un interesse privato delle parti, ma un interesse pubblico della società intera»⁸. Quello di Klein è quindi un processo il cui fine è quello *sociale* dell'adeguamento della realtà materiale a quella giuridica, cioè della traduzione del diritto – carico, nel disegno sociale kleiniano, di forza trasformativa in senso progressista – nella realtà concreta, al fine di cambiarla.

In questo modello, l'oralità è quindi un valore strumentale, finalizzato a uno scopo ben preciso: un miglior intendimento dei fatti da parte del giudice. Il giudice deve apprendere l'accaduto dalla viva voce delle parti (nei momenti in cui ciò è previsto) e dal formarsi orale della prova davanti a lui, in una udienza da lui 'materialmente gestita' (cd. *materielle Prozessleitung*, cioè non solo *direzione formale*, nel senso di mera disciplina dello svolgimento – *formelle Prozessleitung* –, bensì mediante l'uso di poteri che agiscono direttamente sulla determinazione e l'integrazione dell'oggetto sostanziale della causa⁹). Semplificando, possiamo dire che il giudice kleiniano (e chiovendiano, poi) partecipa quindi al processo in veste attiva, interveniente, al fine di rendere una giustizia più rapida e corretta, a vantaggio di tutti, senza le lungaggini, le storture e i cattivi esiti a cui i modelli scritti andavano incontro.

La lotta per l'oralità, sia in Klein sia in Chiovenda, si configura quindi come una ribellione verso il passato condotta in nome dell'efficienza e della scoperta della verità.

⁷ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 301.

⁸ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, pp. 4-5.

⁹ V., ora, il § 139 della ZPO.

Va infatti detto che il processo civile delle epoche precedenti – sia in Germania sia in gran parte dell’Europa, almeno fino alla metà del Settecento (e cioè prima delle codificazioni illuminate) e poi anche oltre – aveva infatti due grandi fonti di ispirazione: da un lato il processo canonico, che si svolgeva prevalentemente per iscritto, e dall’altro quello di diritto comune di origine altomedievale, basato a sua volta sul diritto giustiniano, mescolato a elementi di diritto imperiale o statutario¹⁰. Anche il processo civile di diritto comune era scritto, estremamente formale, non pubblico, e vedeva una netta prevalenza dei mezzi di prova cd. legali, che vincolano cioè il giudice quanto alla loro verità, in contrasto con il principio del libero convincimento (*freien Beweiswürdigung*). Gli atti scritti ne rappresentavano quindi il fulcro. Il principio guida era quello per il quale *quod non est in actis non est in mundo*, il quale – è evidente – ha un carattere eminentemente anti-epistemico (cioè non diretto, almeno principalmente, alla scoperta della verità).

In Italia, quando scrive Chiovenda, il primo odice neo-unitario del 1865 faceva ancora largo ricorso alla forma scritta, almeno con riferimento al ‘rito formale’ (ma non, come noto, a quello ‘sommario’¹¹). I problemi che esso soffriva erano appunto quelli dovuti alla prevalenza dello scritto sul discorso parlato: e cioè, soprattutto, lo svolgersi del processo ‘pezzo per pezzo’, attraverso una molteplicità di udienze, spesso solo di mero rinvio, e il formarsi del convincimento del giudice soltanto a partire dalla lettura dei verbali d’udienza (data la grande lontananza temporale tra l’assunzione della prova e la decisione). È questo che Chiovenda ha davanti quando inizia a condurre la sua battaglia per l’oralità, e a questo sistema egli contrap-

¹⁰ Ampiamente, G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (la celebre “prolusione parmense” del Maestro), ora in *Saggi*, I, cit., p. 181 ss.; A. CHIZZINI, *Anticam exquirite matrem. Romanesimo e germanesimo alle fonti del giusto processo civile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2006, p. 131 ss.

¹¹ L’art. 162 dell’allora vigente Codice neounitario così si esprimeva: «Qualunque istanza, risposta o altro atto relativo all’istruzione della causa, sempre che non sia stabilita una forma diversa, si fa per comparsa». Sul Codice italiano del 1895, cfr. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ’700 a oggi*, Bologna, 1082, p. 152 ss.

pone il ‘modello orale’, considerato globalmente come un congiunto di principi.

3. *Oralità, immediatezza e concentrazione come principi e non regole*

Va sottolineato con forza che nel modello orale (inteso in senso forte), l’oralità da sola (in senso stretto) non basta. Alla prevalenza della parola sullo scritto si legano sempre e inseparabilmente gli ulteriori principi dell’immediatezza e della concentrazione, che compongono quella ‘triade chiovendiana’ che tanto ha influenzato, dal punto di vista sia teorico sia pratico, la scienza del processo civile¹².

Quello che qui intendo ora enfatizzare è che oralità, immediatezza e concentrazione non devono essere pensati come regole ma – per riprendere qui una notissima distinzione – come *principi*.

Come noto, in sede di teoria generale del diritto si sostiene che il principio è una proposizione normativa generica, che si applica nella forma del ‘più o del meno’, mentre la regola è una proposizione normativa specifica, che si applica nella forma del ‘sì o no’. Mentre una regola può essere solo o interamente rispettata oppure interamente violata (‘o tutto o niente’, *all-or-nothing fashion*), un principio può essere ‘più o meno’ rispettato¹³.

¹² Ancora il Calamandrei lo dice benissimo: «Oralità [...] è una espressione sintetica, adoprata per indicare un sistema di principi inseparabili, all’insieme dei quali bisogna riferirsi, se si vuol intendere il vero contenuto di questa espressione» (P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo civile*, cit., p. 451).

¹³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977 (rist. 2012), p. 40 ss. Per un’efficace esame di questo punto in Dworkin, v. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi, o regole?* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, II, p. 865 ss. Per l’uso crescente dei principi, e non solo delle regole, nel diritto processuale civile, anche da una prospettiva storica, A. PANZAROLA, *L’evoluzione dei principi nel diritto processuale civile*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014, p. 315 ss.

Ora, nei concreti modelli processuali esistenti, i tre principi dell’oralità non si presentano mai secondo la dinamica dicotomica della loro presenza o dell’assenza, ma sempre come una questione di grado. Anche nei sistemi che, storicamente, più si sono ispirati al modello orale – come, in generale e per certi versi, quello italiano¹⁴ – gli aspetti dell’oralità, immediatezza e concentrazione si sono trovati mescolati fin da subito ad altri principi, ugualmente importanti, per garantire una efficace gestione delle risorse, e in particolare quelli di economia e di proporzionalità processuale (che esprime l’esigenza di impiegare solo le risorse necessarie per raggiungere un certo fine, e non di più¹⁵). I tre principi dell’oralità, nelle prassi dell’architettura giurisdizionale, devono quindi essere sempre *bilanciati*. Non esiste insomma storicamente un modello orale *puro*.

In Europa, anzi, il ‘modello comune’ per i procedimenti di primo grado è *misto*, e cioè quello della cd. ‘oralità preparata per iscritto’ (*schriftlich vorbereiteter Mündlichkeit*), di cui il processo civile tedesco è un chiaro esempio. L’udienza di discussione, presa *realmente sul serio*, come momento non fittizio, ma veramente cruciale per le parti e rilevante per la giusta composizione del conflitto, è anticipata da una fase preparatoria consistente nello scambio di documenti scritti, fase che

¹⁴ Non intendo qui entrare nel dibattito circa il maggior o minor grado di oralità del processo civile italiano attuale. Basti solo qui rilevare che in esso convivono senza dubbio forti ispirazioni all’oralità con elementi – specialmente di più recente introduzione e riguardanti l’aspetto pratico-operativo del processo – che vanno decisamente in senso contrario. Ricordiamo, ad esempio, che nonostante l’art. 180 c.p.c. oggi reciti assai chiaramente che «la trattazione della causa è orale», nella prassi avviene che l’oralità sia sostituita da uno scambio articolato di memorie scritte. Come è stato efficacemente detto, l’art. 180 c.p.c. «fa ormai la figura di una sorta di relitto, un osso coccigeo il cui arto vitale (la coda) si è via via atrofizzato per le pigrè abitudini e per lo scetticismo ignavo dei più» (queste le dure parole di C. CONSOLO, *Il codice Grandi e i grandi processualisti italiani formati nella stagione aurea della rinascita (insomma, prima di Sarajevo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, p. 136, Par. 3).

¹⁵ R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 389 ss.

è pertanto funzionale a un corretto esercizio poi dei poteri di *case management* da parte del giudice all'udienza¹⁶.

Perché quindi studiare i caratteri distintivi e il fondamento ideologico di un 'modello orale' puro che nella pratica non esiste? Come è stato ben dimostrato in sede di metodologia giuridica, prendere in considerazione i modelli puri, quelli dotati cioè di un elevatissimo grado di astrazione, è assai utile non solo perché ci permette di avere un metro di paragone con il quale misurare la distanza, o la vicinanza, delle diverse concretizzazioni storiche rispetto all'ideale perseguito, ma anche perché ci consente di vedere con maggior chiarezza e evidenza ciò che quell'ideale significa e comporta nella sua radicalità, e quindi giudicarlo¹⁷.

4. *L'oralità in senso stretto. La funzione del discorso parlato e il suo fondamento*

L'oralità di per sé, nel senso più ristretto e immediato del termine, veicola la semplice preferenza per la parola espressa a voce su quella scritta, nel corso del giudizio. Vi è una speciale predilezione per il discorso parlato e quindi per l'ascolto da parte del giudice.

Qual è la ragione? Il fondamento di questa preferenza sta nel pensiero che la parola espressa a voce sia in grado di veicolare meglio, cioè con più forza, più efficacia, più aderenza alla realtà, il contenuto veritiero di un *fatto* della vita. Questo è un primo punto che va subito sottolineato: l'esigenza dell'oralità si lega soprattutto, e anzi direi esclusivamente, alla *dimensione fattuale* della causa, e non al suo aspetto giuridico, che richiede, tutto al contrario, quella ponderazione che solo

¹⁶ R. CAPONI, *Modelli europei del processo di cognizione: l'esempio tedesco*, in *Questione Giustizia*, 2007, p. 163 ss. V. anche R. STÜRNER, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess*, in *Recht ohne Grenzen, Festschrift für A. Kaissis*, 2012, p. 1004.

¹⁷ Sull'importanza dello studio dei modelli nel diritto processuale, S. CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, p. 3 ss.

la scrittura (e la lettura) possono dare, private come sono di quell'impeto che caratterizza la parola e l'ascolto¹⁸.

Con riguardo all'accadimento materiale, invece, è la *dialetticità processuale* – per usare l'espressione di Calamandrei – condotta sotto lo sguardo attento e indagatore del giudice, quella che meglio permette a quest'ultimo di formarsi una rappresentazione quanto più veritiera possibile delle vicende di causa e anche delle esigenze e dei bisogni delle parti, al fine di rendere una giustizia più aderente al caso concreto. Secondo questa ricostruzione, lo scritto sarebbe, quindi, proprio dal punto di vista epistemico e conoscitivo, un *minus* rispetto alla parola espressa a voce, incapace di veicolare con la stessa forza l'accaduto. Questo il fondamento.

Il Carnelutti della maturità – un autore che, peraltro, mantenne nei confronti dell'oralità un atteggiamento equilibrato – ha espresso assai bene questa idea relativa alla *superiorità espressiva* della voce sullo scritto nell'ambito del giudizio, in un articolo ahimè poco ricordato. Vale la pena riportare il testo, per la sua esemplarità:

Eppure il processo, in cui, s'è detto, culmina la vita del diritto, non è il regno della parola? [...]. Noi abbiamo trovato molte ragioni per dimostrare che più delle parole scritte vale nel processo [...] la parola parlata; ma non s'è detta ancora la ragione più profonda. La parola ha da esser parlata affinché se ne esprima la musicalità. E con l'oralità affiora l'eloquenza [...]. Ma l'eloquenza combina la musica con la poesia. E il segreto della musica è la pausa; mediante i suoni essa riesce a far gustare il silenzio. Non basta scrivere, bisogna parlare col giudice; e non basta spesso il discorso, se non è un'orazione *per-*

¹⁸ Questa esigenza è ben sottolineata dal Mortara, considerato uno dei critici classici dell'oralità: il giudice – egli scrive – «dove sorge una questione di diritto da svolgere, ha bisogno di riflettere, di studiare: la meditazione sopra le memorie scritte degli avvocati e l'agio che così si è concesso al giudice di consultare autori, di esaminare la giurisprudenza, lo mettono in grado non solo di coltivare il suo ingegno, ma anche di dare una sentenza cognita causa, ponderata, ben motivata» (L. MORTARA, *Discorso al senato*, p. 5586; le parole sono riportate dallo stesso G. CHIOVENDA, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova*, cit., p. 203, che sul punto coincide col Mortara).

*ché a lui s'ha da fare intendere ciò che non si può dire*¹⁹ (enfasi dell'a.).

In queste frasi è racchiuso il fine ultimo e profondo della oralità, per coloro che la sostengono. Essa è la migliore forma mediante la quale si riesce a trasmettere in tutta la sua potenza quella *porzione di vissuto* che è quel fatto della vita, pur giuridicamente qualificato, che si agita nel processo.

Vedere e sentire dal vivo non è solo un modo come un altro di trasmettere un contenuto. C'è un *valore aggiunto*. Si tratta qui di intendere quel *quid pluris* che l'ascolto vivo della parola trasmette a chi la percepisce, e che dice di più di quello che uno scritto, pur avente il medesimo contenuto, direbbe. Questo il senso della frase di Carnelutti – invero piuttosto oscura – secondo la quale al giudice bisogna far capire l'*indicibile* ('ciò che non si può dire'). Non il semplice *dire*, ma il *far intendere* sarebbe il fine del *parlare processuale*: il che è un appello non tanto alla logica, bensì all'*intuito* del giudicante. Ci sono sfumature che non possono esser espresse per iscritto; esse sono *inesprimibili*. Eppure, è importante che il giudice, ai fini del suo decidere, le *colga*; e l'*orazione*, con la sua poesia, con la sua musicalità, con i suoi silenzi anche – dice Carnelutti – è l'unico modo per poterle riferire.

4.1. *Ciò che l'oralità 'non è'. Note minime su retorica e leale collaborazione*

Occorre poi sgomberare il campo da un equivoco ed evidenziare che l'oralità, sempre in coloro che la supportano, non significa affatto predominio della *retorica*, nel senso deteriore del termine, come pur a prima vista si potrebbe credere. «Oralità – specificherà poi Salvatore Satta, proprio chiarificando questo aspetto – non significa *oratorietà*, anzi perfettamente

¹⁹ F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, p. 201 e p. 212, e anche in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953, p. 229 ss.

il contrario: amichevole discussione, nella *comune volontà di scoprire il vero*²⁰ (enfasi nostra).

Essere a favore dell’oralità non comporta affatto auspicare che il torto o la ragione dipendano dal saper parlare meglio, dal saper raggirare, confondere, con maggior abilità oratoria, con artifici verbali, la verità delle cose. Anzi: tutti questi difetti sarebbero probabilmente ingranditi in un modello puro scritto, dato che la redazione di un atto è una attività priva di spontaneità, dove si usa maggior abilità, e nel quale si utilizzano appositamente, qualora servisse, le parole in una maniera che nasconde, più che rivelare l’accaduto fattuale. La lingua dell’oralità è invece una lingua che deve essere necessariamente depurata da quella sovrastruttura artificiale, complessa, oscura, tesa a complicare piuttosto che a semplificare (cioè tutto ciò che noi oggi chiamiamo, informalmente, il *giuridichese* o l’*avvocatese*²¹). *Essa deve s-velare*.

Perché abbia un senso, il mezzo orale deve chiarificare il problema, deve essere uno strumento che consenta di andare dritti al punto controverso, di entrare nel vivo della controversia senza formalismi e giri di parole²². Ecco la ragione della presenza attiva del giudice. Poiché egli partecipa alle dichiarazioni, tanto delle parti come in sede istruttoria, può e deve chiedere chiarimenti (è il *Fragepflicht*, il ‘dovere di fa-

²⁰ Così S. SATTA, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, Milano, 1941, p. 41.

²¹ V. sul punto le dotte considerazioni di B. CAVALLONE, *Un idioma coriaceo: l’italiano del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 97 ss. Da ultimo, cfr. anche L. QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018.

²² Necessità, questa, che ora, in Italia, devono espressamente possedere anche gli atti scritti (cfr. l’art. 3, comma 2, del Codice del processo amministrativo, che così recita: «il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica»), e che si ritiene abbia una valenza generale, anche in sede di tutela civile). Sull’esigenza di chiarezza e brevità nella redazione degli atti processuali, M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, p. 453 ss.; A. TEDOLDI, *Chiarezza e sintesi tra mito e realtà*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, p. 669 ss., e anche in A. SIMONS, A. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A. PÉREZ RAGONE, P. HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, 2020, p. 63 ss.

re domande»), può rendersi conto sul momento di ciò che gli è oscuro e cosa invece gli è chiaro, può intervenire e accertarsi di aver capito bene, contribuendo egli stesso a identificare, anche integrando e ampliando, l'oggetto della causa. Il giudice non prende semplicemente atto passivamente di ciò che è argomentato, ma è parte stessa di questo processo dialogico.

Qui giungiamo a toccare un altro punto, su un piano ancor più generale. Perché l'oralità non diventi predominio della retorica, essa non può fare a meno della *leale collaborazione* di tutti i soggetti processuali tra loro: un principio, quest'ultimo, che è stato riscoperto in molte delle riforme processuali più recenti e che sembra esser tornato in gran auge²³. Nel processo non dovrebbe regnare un clima di diffidenza, bensì di fiducia. Il desiderio di comprendere dovrebbe esser prioritario su ogni altro²⁴. È soprattutto la dinamica tra le parti e gli avvocati avversi a non dover esser improntata alla slealtà, alla competizione, alla volontà di primeggiare. L'uno non deve approfittare delle debolezze verbali dell'altro: il che – s'intende – è più una aspirazione che una realtà di fatto. Il modello orale in questo è esigentissimo. Vi è una fortissima dimensione etico-educativa e deontologica che non può essere tralasciata per capirne il fondamento.

²³ Cfr., per un discorso più generale sul punto, L. P. COMOGLIO, "Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 131 ss. Nella dottrina francese, sull'importante principio della *loyauté processuelle*, v. R. PERROT, *La loyauté procédurale*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2006, p. 151 ss.

²⁴ Si leggano le parole – assai evocative – di P. CALAMANDREI, *La dialetticità*, cit., p. 688: «Così l'oralità è distrutta dalla diffidenza. Sono lì, giudice e difensori, con tre seggiole allo stesso tavolino, col cancelliere pronto a registrare le loro parole. Potrebbero subito profittar di quello incontro per entrar nel vivo della causa; ma preferiscono trattenersi un solo istante, soltanto per mettersi d'accordo sulla data della nuova udienza, nella quale quello che avrebbero potuto dirsi oggi a voce, se lo comunicheranno mediante lo scambio di comparse scritte [...] giudice e difensori si comportano come innamorati timidi, che quando si incontrano non sanno cosa dirsi, ma appena si sono lasciati si scrivono lunghissime lettere d'amore, e le tengono in serbo per qualche settimana, in attesa di scambiarsele in silenzio al prossimo appuntamento». L'immagine che le parole del Calamandrei ci restituiscono è una fotografia, elegante e poetica, che ci riporta indietro nel tempo.

L'oralità, insomma, non funziona se non si accompagna necessariamente a quei valori 'sociali' quali la *lealtà* e la *probità* – sono le parole usate dal Codice di procedura civile italiano, art. 88²⁵ – nella condotta processuale, che dovrebbero comprendere il divieto (sia per la parte sia per l'avvocato) di mentire (*Wahrheitspflicht*²⁶) e che concepiscono, epistemologicamente, la verità come il prodotto raggiungibile solo mediante uno sforzo congiunto di tutti (*Arbeitsgemeinschaft* o *Mitarbeiterschaft*, dice la dottrina tedesca, parole che traducono il senso di 'lavoro comune' e 'sforzo comune' in vista del raggiungimento di un fine che sarebbe altrimenti irraggiungibile²⁷).

La *vera* oralità – chiosa ancora il Calamandrei – è ciò che trasforma il processo «da gara di destrezza giocata tra nemi-

²⁵ V. anche l'art. 175 c.p.c. (spesso dimenticato), il quale recita: «Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più *sollecito e leale* svolgimento del procedimento». Sull'espressione di cui al citato art. 88 c.p.c., per tutti, G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 109 ss.

²⁶ Non a caso la tesi di abilitazione di Klein fu dedicata alla 'menzogna nel processo' (*Lüge im Prozesse*), alla cui possibilità egli si oppose sempre fermamente; cfr. F. KLEIN, *Die Schuldhafte Parteihandlung. Eine Untersuchung Aus Dem Civilprozessrechte*, Vienna, 1885 (ma v. anche l'opposta visione di A. WACH, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlino, 1914, p. 32: «Die Wahrheitspflicht der Partei ist eine freie Erfindung ideologischer oder phraselogischer Theorie»; e di J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlino, 1925 (rist. 1962), p. 292: «für die prozessuale Rechtsbetrachtungsweise hat der Recht, der voraussichtlich Recht behalten wird, wenn man so will, moralinfrei. Es ist im Prozess wie im Krieg und der Politik»; significativo qui l'accostamento dell'agone processuale a un campo di battaglia o all'arena politica, contesti che devono rimanere 'liberi dalla morale'). Entrambe le opinioni sono riportate da A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, cit., p. 106, nota 59; ID., *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, p. 47 ss. (spec. p. 53, nota 15). V. anche ID., *Processo civile e sozialsfunktion*, in *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*, cit., p. 197 ss. Sull'inopportunità di configurare esplicitamente un 'diritto di mentire' della parte, S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, p. 147 ss. Sul tema, v. l'ampio studio monografico di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018.

²⁷ Con riferimento all'ordinamento italiano, E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1966, p. 600 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., p. 377 ss.

ci reciprocamente invisibili, in una conversazione a viso aperto ‘dinanzi a un tavolino’ [...] tra persone di buona fede che cercano di chiarire i punti essenziali del loro dissidio e di spiegare direttamente al giudice, nel modo più semplice e migliore, le ragioni del loro dissidio»²⁸.

4.2. *Brevi considerazioni su oralità e virtualizzazione della giustizia*

Le considerazioni sull’oralità (sempre nel senso ristretto qui ora in esame, cioè come pura preferenza del discorso parlato su quello scritto) si possono senza dubbio attualizzare, riportandole alla realtà odierna.

A questo proposito, possiamo fare due considerazioni.

Da un lato, in termini del tutto generali, si può sostenere che l’avvento dell’informatica e di *internet* abbia determinato il definitivo trionfo della scrittura sull’oralità. La nostra epoca virtuale è quella in cui si lascia una traccia scritta di qualsiasi cosa, dove, più che parlare, si scrive (si pensi all’utilizzo esponenziale e pressoché universale delle applicazioni di messaggistica istantanea o all’uso delle reti sociali come spazi e bacheche di pensieri, riflessioni, osservazioni personali sulla realtà). Tutto dimostrerebbe quella ossessione del nostro tempo per la ‘documentalità’, per il bisogno di lasciar tracce scrit-

²⁸ Così P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in ID., *Problemi generali del diritto e del processo*, cit., p. 316. Claudio Consolo, recentemente, ha espresso molto bene questa esigenza: nel processo orale – egli afferma – «le parti [...] devono avvicinarsi fino quasi a tornare alla unità, passando dal mondo della economia a quello del diritto buono ed equo ed in tale sforzo il giudice, rimanendo terzo, fermo il cardine del principio di legalità [...] deve saper essere il motore impegnato e cosciente, senza degradare ad amministratore o peggio spettatore scettico di un mero procedimento come successione di atti meccanici e senza volto, con una decisione che arriva [...] in modo spersonalizzato ed incolore calandosi dall’alto di un insondabile *judex ex machina*» (così C. CONSOLO, *Il codice Grandi e i grandi processualisti italiani*, cit., Par. 3).

te, sempre e ovunque²⁹. In effetti, l’avvento del processo civile telematico sembra confermare questa tendenza, dato che prevede la redazione e il deposito virtuale di atti che sono necessariamente redatti per iscritto (ma che, comunque, sarebbero stati scritti anche indipendentemente dai mezzi telematici). In definitiva, si potrebbe ben affermare che la progressiva digitalizzazione della giustizia favorisce e favorirà sempre di più la scrittura, a tutto discapito della dimensione orale del processo³⁰.

Dall’altro, però, questo pare vero solo in parte. Non sarebbe errato argomentare che la tecnologia più recente sia ora sempre più orientata alla prevalenza non tanto dello scritto, ma dell’immagine audiovisiva, del video (preminenza dimostrata anche dalle nuove forme di *social network*, che sembrano andare in questa direzione), del *live*, della connessione cioè reale e in diretta tra ascoltatori e parlanti, pur distribuiti in posti diversi del mondo, attorno a un medesimo contesto virtuale, di modo da poter interagire contestualmente ‘come se fossero presenti’. Vi sarebbe – sempre parlando in termini del tutto generici – una sorta di *ritorno all’oralità* (seppur dematerializzata), dovuta alla maggior spontaneità, al maggior coinvolgimento esperienziale che questa comporta.

Nel contesto dell’amministrazione della giustizia queste ultime evoluzioni paiono assai interessanti e di diretta rilevanza per il tema oggetto di queste riflessioni. Alludo qui alle nuove forme di comunicazione orale permesse dalle piattaforme virtuali e quindi alla possibilità di ricreare virtualmente un ‘luogo di udienza’, seppur smaterializzato. Sarebbe, ad esempio, compatibile con l’oralità l’udienza cd. *da remoto*, svolta cioè attraverso un programma di videoconferenza, udienza che è diventata in molti casi la normalità durante l’emergenza pandemica, e che sembra rappresentare la direzione

²⁹ Dal punto di vista filosofico, M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, 2009.

³⁰ Sul punto, R. CAPONI, *Il processo civile telematico tra oralità e scrittura*, in *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, a cura di F. BAMBI, Firenze, 2016, p. 177 ss. (e in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 305 ss.; e anche in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2016, p. 193 ss.).

ne futura delle riforme processuali, anche al di là della grave contingenza vissuta³¹? A rigor di logica, si tratta pur sempre di una conversazione *orale*, sebbene mediata attraverso il filtro di uno schermo. Da un punto di vista strettamente letterale, la comunicazione orale non verrebbe così persa, seppur possibile solo grazie a un *monitor* e a un microfono, onde si potrebbe discorrere in questi casi di *oralità attenuata*: il giudice avrebbe pur sempre la possibilità sia di intervenire, esercitando il suo potere/dovere di chiedere chiarimenti e di dirigere attivamente il corso della discussione, sia di ascoltare la voce *in diretta*, di vedere i volti, con le loro sfumature. Più problematico, invece, il discorso per quanto riguarda le udienze istruttorie e in particolar modo per quelle dedicate all'assunzione dei testimoni. Dovrebbe essere ammesso o generalizzato l'ascolto di una testimonianza da remoto? È evidente che il rischio è che i soggetti possano essere indebitamente istruiti, influenzati o anche solo, più banalmente, che venga a mancare quella solennità insita nell'assunzione della testimonianza davanti al magistrato nell'udienza fisica, e che rappresentava, anche simbolicamente, una caratteristica senza dubbio importante³².

³¹ Cfr., dal punto di vista comparato, il recentissimo volume *Civil Courts Coping with Covid-19*, a cura di B. KRANS, A. NYLUND, Den Haag, 2021. In Italia, sulla legislazione emergenziale introdotta durante la pandemia sulle udienze da remoto e l'oralità, in dottrina, con vari accenti, cfr. D. DALFINO, G. POLI, *Il «remoto» è già passato (le udienze civili dell'emergenza epidemiologica e le ulteriori novità del d.l. 28/20)*, in *Foro It.*, 2020, V, c. 225 ss.; P. SPAZIANI, *Chioyenda e il computer. Il processo «da remoto» e la teoria dell'azione*, in *Giustizia Insieme*, 18 settembre 2020, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/1280-chioyenda-e-il-computer-il-processo-da-remoto-e-la-teoria-dell-azione-di-paolo-spaziani?hitcount=0>; I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *Judicium*, 15 dicembre 2020, in <https://www.judicium.it/le-misure-urgenti-materia-giustizia-contrastare-lemergenza-epidemiologica-un-dibattito-mai-sopito-oralita-pubblicita-delludienza/>; F. VALERINI, *In difesa dell'udienza da remoto*, ivi, 29 aprile 2020, in <https://www.judicium.it/difesa-delludienza-remoto/>.

³² Anche se, va detto, in Italia dal 2009 è possibile la *testimonianza per iscritto* (art. 257 bis c.p.c., ammessa però solo su accordo delle parti e previa autorizzazione del giudice), sulla falsariga dell'*affidavit* del processo di *common law*, dell'*attestation* francese e della *schriftliche Beantwortung* dell'ordi-

Certo, nonostante le potenzialità dei mezzi di videoconferenza, non è questa l’oralità a cui si fa riferimento quando se ne parla come valore, in termini di superiorità espressiva e quindi conoscitiva. Non faremo fatica a capire cosa intendo dire: ben pochi colleghi sarebbero disposti ad ammettere che sia la stessa cosa ascoltare *online* un *webinar* accademico e partecipare a un evento in persona in un’aula universitaria.

Non c’è dubbio quindi che nel processo, ove di oralità si parli, la sua forza stia soprattutto nel fatto che parlante e ascoltatore appartengano al medesimo contesto spazio-temporale di riferimento, cioè l’udienza, intesa questa in senso sia materiale sia anche – e l’aggettivo non è da sottovalutare – *simbolico*, cioè come luogo ben delimitato, all’interno dei palazzi di giustizia, come momento *solenne* in cui il processo, letteralmente, *si fa*³³.

namento tedesco (cfr., sul punto, C. BESSO MARCHEIS, *La testimonianza scritta ex art. 257 bis c.p.c.: i caratteri dell’istituto*, in *Giur. It.*, 2013, p. 221 ss.; C. ASPRELLA, *La testimonianza scritta e l’oralità*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2009, p. 849 ss.).

³³ G. SCARSELLI, *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in *Judicium*, 13 maggio 2020 (<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/05/G.-Scarselli.pdf>), il quale, paventando (anche se in un esercizio di fantasia, ma con molte buone ragioni) il rischio di una definitiva smaterializzazione del processo, e quindi della giustizia, così descrive un ipotetico futuro distopico: «la smaterializzazione della giustizia comporterà il venir meno dei palazzi di giustizia. I palazzi di giustizia non costituiranno più luogo di incontro, morirà l’idea del *Forum* di romana memoria. Inevitabilmente, i palazzi di giustizia si svuoteranno e gli spazi a comune, dalle sale riunioni ai caffè, ai punti di rivendita di libri e giornali alle biblioteche, verranno prima ridimensionati e poi chiusi, come chiusi in questi giorni sono stati i giardini pubblici, i parchi, i ristoranti. Gli immobili attuali saranno abbandonati perché sovrabbondanti e troppo vasti, e se ne cercheranno di più piccoli, e poi di più piccoli ancora; alla fine i palazzi di giustizia non saranno proprio più necessari, e verranno sostituiti con un numero verde [...]. [T]utto avverrà per e-mail, per PEC, o con qualche altra nuova diavoleria».

5. *L'oralità in senso forte. La dimensione soggettiva (immediatezza) e temporale (concentrazione)*

Si è detto che l'oralità esprime una 'filosofia processuale' ben definita, un modello ideologico coerente, una forma di concepire la tutela civile dei diritti che ha molteplici ricadute sul piano tecnico.

Il modello orale difatti richiede molto di più della sola prevalenza della voce sullo scritto.

In primo luogo, perché l'oralità sia effettiva, è necessaria anche la reale coincidenza tra la persona fisica del giudice che ha ascoltato le parole (quelle delle parti o di coloro che sono stati chiamati a fornire una prova, come i testimoni, i periti, ecc., in sede di istruzione probatoria) e il giudice che decide, che pronuncia cioè il provvedimento finale sul merito. È questo il *principio di immediatezza* e che possiamo definire come *l'aspetto soggettivo* dell'oralità.

Questa dimensione – come vedremo – si lega direi inscindibilmente a uno specifico modo di considerare la natura della libera valutazione delle prove, e cioè in senso piuttosto 'persuasivo' o 'psicologico'. Messa in discussione quest'ultima visione, a favore di forme di valutazione razionali, ne risulta assai indebolita anche l'esigenza di immediatezza, come effetto del (supposto) maggior significato epistemico dell'ascolto e dell'osservazione diretta (v. *infra*).

Il principio di immediatezza è molto esigente. Se preso alla lettera, è assai problematico da tradursi in pratica, dal punto di vista tecnico. Innanzitutto perché se, per qualsiasi ragione, il giudice che ha ascoltato la dichiarazione o ha assunto la prova non può giudicare (perché è impossibilitato, è deceduto, è stato trasferito, ecc.), la dichiarazione deve essere riassunta (e così, teoricamente, non potrà giudicare sulle prove il giudice di secondo grado, a meno che queste ultime non vengano ripetute davanti a lui): il che comporta non pochi problemi pratici e dispersioni³⁴. In secondo luogo, perché vi sia reale

³⁴ Il problema si è presentato con particolare intensità nel processo penale, dato che il Codice di procedura penale italiano, di stampo accusatorio, sta-

immediatezza, è necessario che, nelle cause nelle quali decide un collegio, tutti i membri di quest’ultimo siano presenti alle udienze di trattazione e istruzione (dove si svolgono i colloqui diretti, con le parti o con i testimoni e i periti), con evidenti costi in termini di tempo e personale. Ma – come abbiamo specificato *supra* – il modello orale si compone di principi, non di regole, i quali ben possono essere bilanciati con altri principi, di pari o superiore importanza: nella fattispecie quello di efficienza e di economia processuale. È assai nota, sul punto, la soluzione di compromesso italiana, che ha visto la creazione, nel processo civile ordinario, della figura del giudice istruttore, punto di raccordo tra il momento dell’assunzione delle prove e quello decisionale.

In secondo luogo, il processo orale deve anche essere concentrato, nel senso che tutte le attività processuali idealmente dovrebbero essere realizzate in una unica udienza, una sorta di ‘dibattimento civile’ (peraltro, già nel pensiero di Chioven-
da, *preparato* in precedenza³⁵) o al massimo in pochi momenti

bilisce espressamente all’art. 525 c.p.c. che «alla deliberazione [della sentenza] concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento». Non è possibile in questa sede approfondire il tema. V. però da ultimo, Corte cost., n. 132 del 2019, che ha dichiarato la non manifesta incostituzionalità del diritto alla rinnovazione della prova in caso di mutamento del collegio giudicante, con nota di P. FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Archivio Penale*, 2019, p. 393. V. anche, la sentenza Cass., Sez. Un. n. 41736 del 2019 (cd. sentenza ‘Bajrami’) per importanti specificazioni sul punto. In dottrina, S. RECCHIONE, *L’oralità (ir)rinunciabile nel processo penale*, in *Giustizia Insieme*, 3 giugno 2020, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-penale/1124-oralita-ir-rinunciabile-nel-processo-penale-di-sandra-recchione>.

³⁵ V. DENTI, *Chioven-
da e le riforme del processo civile*, in *Foro It.*, 1988, c. 347, ma spec. c. 353, il quale, dopo aver riportato il testo della disposizione intitolata *Preparazione del dibattimento orale* contenuta nel Progetto Chioven-
da («L’autorità giudiziaria predispone il dibattimento orale; provvede dove occorre alla chiamata personale delle parti, alla citazione dei testimoni proposti dalle parti e ritenuti rilevanti, alla citazione dei periti di parte ritenuti utili e di quelli nominati d’ufficio; alla esibizione in udienza dei documenti e degli oggetti da ispezionare, e in genere a quanto è necessario affinché nel giorno fissato per il dibattimento orale la causa possa essere trattata senza interruzione e decisa in merito»), chiarisce che il Chioven-
da stesso, nella Relazione, così specifica, a proposito della fase preparatoria scritta: «Un proces-

tra loro ravvicinati e coesi. La concentrazione è quello che possiamo chiamare come l'aspetto *temporale* dell'oralità. Il magistrato dovrebbe esser messo nelle condizioni di poter pronunciare la sentenza quando ancora ha innanzi agli occhi il comportamento, il contegno, la voce dei soggetti comparsi. «La decisione – scrive sempre Calamandrei – deve essere pronunciata [...] prima che dallo animo del giudice sia scomparsa l'eco delle parole che egli ha raccolte in udienza»³⁶.

Se l'immediatezza ha un senso, è chiaro che il giudice deve ricordarsi l'*impressione* che su di lui hanno esercitato le parole pronunciate in udienza, servendo ben a poco il fatto di aver visto e ascoltato le parti, i testimoni, i periti, ecc., se egli è poi costretto a formarsi il proprio convincimento in ogni caso non su quelle impressioni, ma bensì sui verbali scritti (eventualità, peraltro, alla quale potrebbe avviarsi attraverso la video-registrazione almeno delle deposizioni testimoniali; ma ciò, a prescindere dalla dubbia fattibilità tecnica generalizzata, ci riporterebbe a chiederci se è possibile, o ha senso, una 'oralità virtuale', dimidiata e dimezzata).

6. *Il giudice nel modello orale. Oralità e libera valutazione delle prove*

Quello che emerge chiaramente da quanto detto, e che mi preme mettere in luce a conclusione delle osservazioni fatte, è che dietro a questi principi vi sia una precisa idea della *figura* del giudice.

Possiamo affermare con forza che, nel modello orale, il giudice è al centro del processo, nella sua soggettività concreta, in

so in cui l'udienza ha così grande importanza [...] non può dare buon frutto se non a condizione che sia diligentemente curata dalla legge e dal magistrato la preparazione del dibattimento [...]. Si vuole che le parti e il giudice vadano all'udienza con una esatta notizia dei termini della controversia e che i mezzi istruttori siano convenientemente predisposti, in modo da evitare le sorprese reciproche dei litiganti, da prevenire gli inutili spezzettamenti del processo da assicurare un'oculata direzione del dibattimento».

³⁶ P. CALAMANDREI, *L'oralità*, cit., p. 453.

quanto persona fisica (*questo* giudice, in carne ed ossa) e non in quanto ufficio spersonalizzato e anonimo. Egli, con l'oralità, ri-acquista quel ruolo centrale, da protagonista, che non ha nel modello scritto. Egli *vive* la controversia, ne è partecipe attivo, e la sua impressione soggettiva *conta*. Il giudice è dentro la causa, è immerso in essa. L'oralità – s'è correttamente detto – esprime la figura di un giudice che «si immetta nell'azione, sia veramente un attore del dramma di vita che solo apparentemente si svolge fra le sole parti, un giudice che non sia un ricercatore di norme in un povero Codice sempre malfatto, ma che arrivi a realizzare il miracolo di *sentire l'interesse altrui come proprio* (perché indubbiamente è suo proprio) e di qui tragga le fonti e le ragioni del suo giudizio»³⁷ (enfasi nostra). Con l'oralità si intendeva quindi superare quella concezione del «*giudice-sfinge*» (espressione di Enrico Allorio, assai più bella di quella anglosassone del 'giudice-arbitro') «estraneeo alla ricerca attiva della verità»³⁸.

Due idee distinte, in particolare, meritano di essere qui ricordate, a proposito del ruolo del giudice nel modello orale.

(1) La prima è quella della direzione formale e materiale della causa. Abbiamo già rilevato come il giudice domini la causa sia quanto ai poteri direttivi dell'udienza sia quanto alla determinazione del *thema probandum* (è la *materielle Prozessleitung*, alla quale avevamo già fatto riferimento *supra*). Il giudice, approcciandosi direttamente alle parti e più in generale essendo egli presente alla formazione e alla discussione della prova, ha il potere-dovere di chiedere i chiarimenti, contribuendo così alla definitiva fissazione dell'oggetto del giudizio. Non solo: questi suoi poteri direttivi sono anche fondamentali per garantire il contraddittorio, che ha una vera e propria valenza epistemica, in quanto metodo per la scoperta della verità attraverso il confronto bilaterale delle parti.

³⁷ S. SATTA, in E. ALLORIO *et al.*, *Atti dell'incontro fra magistrati, professori universitari e avvocati per lo studio del tema Il giudice istruttore nel processo civile dati di esperienza ed eventuali proposte di emendamenti. Milano Palazzo Serbelloni 11 e 12 giugno 1955*, Milano, 1955, pp. 228-229.

³⁸ E. ALLORIO, *La vita del diritto*, cit., p. 49.

(2) La seconda idea riguarda la natura della *valutazione* delle prove.

Il discorso a questo proposito è più complesso.

Mi pare di poter affermare che nel modello orale ‘in senso forte’, tradizionale, la valutazione delle prove sarebbe un fenomeno più psicologico che razionale, per riprendere una ben nota distinzione. Mentre nel modello ‘psicologista’, il giudice (o più in generale il giudicante, ad esempio, una giuria) deve in primo luogo e innanzitutto essere *persuaso*, convinto cioè soggettivamente della verità dei fatti, nel modello razionale, invece, il convincimento personale del magistrato è del tutto irrilevante, essendo la prova, o la non-prova, dei fatti, secondo lo *standard* adottato, qualcosa di – per così dire – *oggettivo* (e quindi controllabile razionalmente e intersoggettivamente). Le due concezioni sono, di fatto e logicamente, incompatibili³⁹.

Ora, è evidente che tanto più l’oralità e l’immediatezza appaiono importanti quanto più si valorizzi ed enfatizzi la *libertà* della valutazione, in senso soggettivo, delle prove da parte del giudice, secondo la formula del ‘libero convincimento’, che è appunto l’espressione tipica con la quale si traduce l’esigenza che il giudicante si formi una convinzione personale quanto alla verità dei fatti di causa. In Italia, a dire il vero, si parla più precisamente di «prudente apprezzamento», ex art. 116, comma 1, c.p.c., come a dire che la valutazione, seppur normalmente non vincolata, non può e non deve essere arbitraria⁴⁰; nei sistemi di lingua spagnola si discorre invece di *li-*

³⁹ Sulla necessità e importanza della valutazione (esclusivamente) razionale-oggettiva della prova, soprattutto J. FERRER BELTRÁN, molto recentemente, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, 2021; anche ID., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007 e i lavori raccolti in ID., *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, 2017, sulla base del fatto che non vi è equivalenza tra le espressioni ‘p è provato’ e ‘p è creduto essere vero dal giudice’. La proposizione ‘p è provato’ richiederebbe infatti inequivocabilmente che vi siano ‘sufficienti elementi di corroborazione’, senza i quali l’affermazione non sarebbe, appunto, intersoggettivamente verificabile. In questa visione, agli effetti della giustificazione, la convinzione personale del giudice è del tutto irrilevante.

⁴⁰ Sul libero convincimento nel processo civile italiano, ex multis, M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice. I) Diritto Processuale Civile*, in

bre valoración o di íntima convicción, mentre nell'ordinamento canonico la locuzione utilizzata è quella della 'certezza morale' che deve sorgere nell'animo del giudice (cfr. il can. 1608, § 1, Codice di Diritto Canonico, 1983⁴¹); espressioni tutte, queste, che pongono piuttosto l'accento sulla interiorità del giudicante (seppur, nella pratica, mai svincolata dal riscontro di elementi esterni).

La giustificazione tradizionale dell'oralità – e soprattutto dell'immediatezza, nel suo significato più radicale – si basa sul supposto maggior valore epistemico dell'ascolto e dell'osservazione diretta, rispetto alla lettura e al distacco di tempo e di luogo. Vedere (e ascoltare) dal vivo avrebbe una maggiore forza rivelativa della verità. Ripercorriamo il filo argomentativo fin qui compiuto: nel modello orale è importante che il giudice ascolti (e non semplicemente, *legga*), proprio perché deve convincersi *lui*; e potrà convincersi fino in fondo solo in quanto dall'ascolto saprà trarre quegli elementi essenziali per il suo convincimento che non potrebbero essere ottenuti altrimenti. Ecco perché si richiede, di conseguenza, che sia *solo e soltanto* il giudice che ha ascoltato a decidere, perché è il *suo* convincimento che importa; ed infine è importante che la decisione sia ravvicinata all'ascolto, perché egli possa decidere avendo ancora 'fresca' l'impressione che ha avuto. Il principio di oralità e quello del libero convincimento delle prove risulterebbero quindi intimamente legati. «La libertà del convincimento – affermava Chiovena – vuole l'aria e la luce dell'udienza. Nei labirinti del processo scritto essa si corrompe e muore»⁴².

Enc. giur. Treccani, XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; A. CARRATA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, p. 52 ss.

⁴¹ Il canone in questione recita: «Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententia definiendam». Sul tema, O. GIACCHI, *La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico*, in «*Ius Populi Dei*». *Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, II, Roma, 1972, p. 605 ss.; J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1998, p. 758 ss.; P. ERDŐ, *La certezza morale nella pronuncia del giudice*, in *Periodica de re canonica*, 1998, p. 85.

⁴² G. CHIOVENA, *Sul rapporto tra le forme*, cit., p. 225. Nella dottrina spagnola, v., ad esempio, l'affermazione del noto processualista E. GÓMEZ ORBA-

Sempre teoricamente, il binomio oraltà-libero convincimento si dovrebbe poi riflettere sull'intensità dell'obbligo di motivazione della sentenza, quanto alla *quaestio facti*. Ora, se nel modello orale (sempre inteso in senso forte) si ritiene sia necessario (e anche sufficiente!) che il giudice *si convinca*, allora egli – a rigor di pura logica – non dovrebbe avere obbligo di sorta di motivare sul punto, esattamente come avviene nel caso della pronuncia di un verdetto da parte di una giuria. Il convincimento, se preso nella sua letteralità, è difatti uno stato psicologico soggettivo, quasi un sentimento, una *emozione*, che sorge nell'intimo della mente del giudice, e che deriva dal suo aver visto le parti e i testimoni con i suoi occhi, dall'aver sentito le loro parole con le sue orecchie. Nessuno, nemmeno il giudice del gravame (che per giunta è lontano dalla prova) avrebbe il potere di dire qualcosa sul punto, non potendo nessuno giudicare sulla convinzione altrui. Se la valutazione e il convincimento fossero, o potessero essere, davvero 'liberi' o avvenissero realmente e totalmente 'in coscienza', 'intimamente', e via dicendo, allora non sarebbe possibile, concettualmente, contestarli. Il giudice di prime cure sarebbe pertanto *infallibile*⁴³.

È noto che questo modo di vedere le cose non è quello adottato ora, almeno nella maggioranza delle ricostruzioni odierne, e certamente con buone ragioni. Gli ordinamenti contemporanei percepiscono infatti fortemente l'esigenza della presenza di elementi oggettivi ('riscontri') che corroborino l'ipotesi da provare, sia per evitare abusi dell'organo giudicante sia per garantire l'esigenza del controllo del suo operato tramite

NEJA, *Derecho procesal civil*, 1976, I, p. 297: «Cuanto más libremente se valore la prueba más necesaria es la percepción directa por el juez. Sólo oyendo al testigo contestar a las preguntas y repreguntas [...] podrá el juzgador valorar su testimonio».

⁴³ Per questa forte conclusione, in senso assai critico, oltre ai lavori di J. Ferrer Beltrán citati *supra*, anche M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, 2010, p. 175: «El principio de libre valoración, interpretado con el tamiz de la intermediación, se carga de irracionalidad y subjetivismo y anula por completo la posibilidad de motivar».

il sistema delle impugnazioni⁴⁴. E difatti il giudice, in Italia e altrove, è chiamato a rendere ragione, a *giustificare* il percorso logico fattuale che lo ha portato a considerare come veri i fatti di causa, secondo lo *standard* probatorio richiesto dal tipo di processo (cioè il livello di sufficienza probatoria stabilito: solitamente – ma questo punto è controverso – del ‘più probabile che non’ con riguardo ai giudizi civili e dell’‘oltre ogni ragionevole dubbio’ con riferimento a quelli penali), e la correttezza del suo percorso logico-valutativo è sottoposto al controllo attraverso i mezzi di impugnazione (seppur con differenti intensità). Il che – è evidente – rende sempre meno importante, fino all’irrilevanza, il convincimento soggettivo del singolo magistrato, ai fini giustificativi e nella motivazione della sentenza civile, a tutto favore dell’impiego di criteri di valutazione razionali, controllabili intersoggettivamente.

Inoltre, sulla presunta *maggior forza epistemica* dell’ascolto e della percezione diretta del giudice pesano anche le critiche formulate di recente dagli studi della cd. ‘psicologia della testimonianza’, che hanno mostrato come l’atto di interrogare qualcuno sia una tecnica assai delicata e complessa che richiede conoscenze approfondite, e come sia per di più molto insidiosa dal punto di vista dei risultati pratici. Il valore dell’immediatezza si basava invece sulla (supposta) maggior forza conoscitiva dell’osservazione diretta delle persone, della loro gestualità (del loro ‘contegno’) e dell’ascolto delle loro parole, del tono in cui sono pronunciate, e via dicendo: il che può però

⁴⁴ Già, con chiarezza, M. TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, p. 1558 ss. V. anche J. FERRER BELTRÁN, *Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH*, in *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2020, p. 359 ss. (oltre ai lavori dello stesso A. ricordati precedentemente). Con riferimento alla esigenza di ‘oggettività’ della motivazione anche nel diritto canonico, A. STANKIEWICZ, *La certezza morale e la motivazione della sentenza*, in *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della “Dignitas Connubii”*, a cura di H. FRANCESCHI, J. LLOBELL, M.Á. ORTIZ, Roma, 2005, p. 243.

essere fonte di errori, anche grossolani⁴⁵. Con ciò non si vuole dire che l'interrogatorio delle parti o la testimonianza non siano mezzi di prova utili, e anzi fondamentali, quanto che sia la loro efficacia sia il modo di condurli dovrebbero essere seriamente ripensati.

Da tutto ciò si capisce che quanto più viene messo in crisi il fatto che il convincimento possa essere libero, *nel senso di soggettivo*, e quanto più viene screditata la maggior efficacia epistemica dell'osservazione e dell'ascolto diretti, tanto più entrerà in crisi anche l'esigenza dell'oralità intesa come necessità che il giudice si renda conto con i propri sensi, con la propria percezione, della verità delle cose.

L'oralità si limiterà allora a esprimere il bisogno che il giudice diriga – in ipotesi anche attivamente – il dibattito (con tutto ciò che ne deriva) e che garantisca il necessario contraddittorio nella formazione della prova davanti a sé, ma non ri-guarderà più il fatto che *solo e soltanto* colui che ha direttamente ascoltato e visto in vivo le dichiarazioni può e deve valutare la prova (immediatezza in senso forte).

L'esigenza di immediatezza perderà pertanto il suo significato epistemico, riducendosi semplicemente a una forma più o meno intensa – ma pur sempre importante – di metodo di gestione dell'udienza, cioè di *case management* (immediatezza in senso debole⁴⁶).

7. Conclusioni (le critiche all'oralità tra prassi e teoria)

L'oralità e i corollari che ne derivano possono apparire, al giorno d'oggi, prese di posizione in un certo senso *romantiche*, lontane e distanti dalla prosaica (e per nulla poetica) realtà

⁴⁵ J. NIEVA FENOLL, *La discutible utilidad*, cit., p. 161, che ricorda, a questo proposito, i lavori di A. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, Madrid, 2008; Id., *Memoria de testigos*, Madrid, 2010 e di G. MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, Roma, 2011.

⁴⁶ Su questa questione, ampiamente, e per tutti, ancora J. FERRER BELTRÁN, *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias*, in *Revus*, 2017, p. 107 ss.

del giudizio, dal tecnicismo delle argomentazioni, dalla scientificità delle risultanze probatorie: tutti elementi che rendono, nella migliore delle ipotesi, *demodé* discorrere oggi di oralità nel processo civile.

Le critiche che vengono mosse al modello civile orale sono molte e sono, essenzialmente, di due ordini: uno pratico e uno teorico.

Dal lato pratico, innanzitutto i critici del modello orale spesso enfatizzano come nella realtà attuale delle controversie civili – caratterizzate, nelle società moderne e progredite, da un altro grado di specializzazione e di tecnicismo – l'uso del discorso parlato non aggiungerebbe nulla di più a quello che già veicolano gli scritti. Almeno nell'ambito del processo civile, non vi sarebbe più – per un grandissimo numero di controversie e in ogni caso per quelle economicamente più significative – quell'esigenza di '*dire l'indicibile*' che Carnelutti così potentemente aveva espresso. Spesso la controversia verte su questioni di diritto, nelle quali – come si è rilevato – l'oralità non è vantaggiosa. E anche qualora la lite verta su questioni di fatto, sempre più spesso vediamo come la prova sia altamente tecnica, scientifica, peritale, e richieda pertanto l'uso di conoscenze esperte; la sua valutazione non passerebbe più (o passerebbe molto meno) attraverso la discussione orale con il giudice. Si propone così di limitare, semmai, l'oralità ai contesti in cui questa può realmente apportare qualcosa. In questo, la critica è che l'oralità è, nella maggioranza delle vicende, *inutile*.

In secondo luogo, poi, l'oralità, in un contesto di crisi della giustizia civile e strutturale scarsità di risorse, sarebbe irrealizzabile da un punto di vista economico. La realtà – dicono ancora i critici – è che il processo civile orale o è semplicemente una finzione che resta sulla carta (come spesso avviene nelle aule di giustizia italiane) oppure è destinato a scontare gravissimi difetti di gestione: a causa dei colli di bottiglia che si vengono a creare, i rinvii delle udienze sono all'ordine del giorno, spesso con tempi lunghissimi tra l'una e l'altra, con la conseguenza che le ragioni della concentrazione e della immediatezza vengono completamente frustrate. L'oralità, per funzio-

nare, richiederebbe condizioni ideali (di risorse, di personale, di preparazione e quindi di tempo, da parte del giudice e degli avvocati) che nella realtà non si incontrano pressoché mai. L'oralità sarebbe quindi inefficiente, comportando un inutile dispendio di energie processuali, in molti casi senza un reale beneficio, o con un beneficio minore rispetto agli svantaggi. In questo, la critica è che l'oralità è un lusso che non ci possiamo più permettere.

A questo proposito possiamo dire che le ragioni della pratica sono sì assai importanti, specialmente nelle questioni processuali, ma che d'altro canto non bisogna nemmeno cedere alle disfunzioni quotidiane quando si cerca di disegnare i principi primi della tutela giurisdizionale: il che non vuol dire affatto non tenere conto della realtà concreta delle cose, quanto cercare di disegnare l'ideale da perseguire in termini meno contingenti.

Dall'altro lato – quello teorico – vi sono poi le critiche che attaccano il modello orale al suo cuore, e cioè dal punto di vista del suo supposto maggior valore epistemico. Queste critiche si sostanziano nel fatto che, in primo luogo, è assai screditato, nella letteratura scientifica, che il giudice sia in grado di rendersi maggiormente conto della veridicità dei fatti a partire dall'ascolto e dalla visione, e che, in secondo luogo, in ogni caso il suo convincimento personale, basato sulla sua propria percezione soggettiva e impressione psicologica, è sempre meno rilevante, o per nulla rilevante, ai fini della giustificazione razionale e nella motivazione del percorso logico fattuale. Queste ultime sono critiche che vanno prese assai sul serio, perché – a differenza di quelle puramente pratiche – sono potenzialmente idonee a far venire meno alla radice la forza dei principi dell'oralità qui studiati (e specialmente quello della immediatezza) nel loro significato più forte, indipendentemente dalla loro viabilità pratica.

CARLO VITTORIO GIABARDO, Appunti tra storia e attualità sul cd. ‘modello orale’ nel processo civile

Con il presente contributo, l'Autore intende esaminare – dal punto di vista storico e poi ideologico e ricostruttivo – alcune dimensioni del cd. ‘modello orale’ nel processo civile, nelle sue coordinate teoriche fondamentali. L'articolo si sofferma innanzitutto (a) sul ruolo del tutto particolare assegnato da questo modello al linguaggio parlato, rispetto allo scritto, e su come le recenti innovazioni telematiche possano incidere su questo ruolo. In seguito, si analizzano i principi (b) dell'immediatezza e (c) della concentrazione. Infine, si sottopongono a esame critico alcune conseguenze che questa ideologia processuale comporta sul ruolo del giudice, in particolare nell'attività di valutazione delle prove. Nello specifico, si sostiene che le recenti rivendicazioni della necessità di una valutazione razionale (e non psicologica-soggettiva) della prova siano idonee a incrinare – e anche di molto – la portata originaria e più radicale (anche epistemica) dei principi che informano il modello orale.

Parole chiave: storia delle dottrine processuali, oralità, immediatezza, concentrazione, valutazione delle prove.

CARLO VITTORIO GIABARDO, Historical Remarks on the ‘Principle of Orality’ in Civil Litigation

In this contribution, the Author examines – from a historical and then ideological and systematic viewpoint – some dimensions of the ‘principle of orality’ in civil trials and their theoretical underpinnings. In particular, this paper firstly focuses upon (a) the specific importance assigned by this procedural model to spoken forms of communication *vis-à-vis* written statements and documents in judicial hearings, and on how recent technological innovations might affect this importance. Then, it will focus upon the principles of (b) immediacy and (c) concentration. Lastly, it critically considers some of the implications of this procedural law ideology on the role of the judge, and particularly on evidence law. More specifically, it will be argued that the recent shift towards the need of a rational (and not ‘psychological-subjectivist’) model for the evaluation of evidence and proof might weaken the original and most radical (epistemic) meaning of the principles of orality in civil proceedings.

Key words: History of Procedural Law Doctrines, Orality, Immediacy, Concentration, Evaluation of Evidence and Proof.

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; SCOPUS.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.