Il metodo giuridico e la tecnica difensiva. La strategia processuale dell'avvocato civilista

di *Paolo Doria*

SOMMARIO: 1. - Premessa: la formazione retorica del giurista. - 2. Lo studio della causa civile: il confronto preliminare con il cliente. - 3. La strategia probatoria della causa civile - 4. L'impostazione degli atti difensivi.

1. Premessa: la formazione retorica del giurista

Il presente contributo si prefigge lo scopo di dare delle indicazioni pratiche sull'impostazione strategica di una causa civile da parte di un giovane avvocato, senza alcuna pretesa di esaustività. Il recupero dello studio della formazione del giurista sotto il profilo metodologico[1] rappresenta uno stimolo culturale molto recente nel nostro paese, anche se questa riscoperta

---

1. Sul metodo giuridico: G. Alpa, *Il metodo giuridico*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 357 e ss.; *id.*, *Il metodo nel diritto civile*, in *Le strategie della difesa*, a cura di A. Mariani Marini, Milano, 2002, p. 49 e ss.; U. Vincenti, *Metodologia giuridica*, Padova, 2008; *id.*, *Piccola introduzione alla metodologia giuridica*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p. 313; *id.*, *La metodologia giuridica nella formazione dell'avvocato*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 918 e ss.; G. Zaccaria, *La scelta del metodo nella individuazione del diritto*, in Diritto e formazione, 2010, p. 828 e ss.; Sulla metodologia didattica forense: E. Randazzo, *Metodi e fini delle scuole di formazione del penalista*, in *Introduzione a un modello formativo e professionale per gli avvocati*, a cura di A. Mariani Marini, Roma, 1999, p. 39 e ss.; M. Cossutta, *Metodo formativo e metodo giuridico. Due campi a confronto per mezzo di nove domande,* in *Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. Moro, Trieste, 2011, p. 37 e ss.; G. Bonomo e C. Broccardo, *Centralità della metodologia nella formazione dei formatori forensi*, in *Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. Moro, cit., p. 109 e ss.; G. Pascuzzi, *Per una metodologia didattica*, in *Diritto e formazione, 2009*, p. 767 ss.; *id.*, *La formazione del giurista: il ruolo dell'informatica*, in *Diritto & formazione*, 2002, p. 287 e ss.; P. Doria, *Il metodo casistico, la retorica forense e la redazione dei testi giuridici nella scuola di formazione degli avvocati*, in *Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. Moro, cit. p. 59 e ss.

poggia su un prezioso patrimonio che deriva dalla grande tradizione della retorica classica.

Proprio per tale motivo il *leitmotiv* di questo elaborato poggia sul recupero di antichi insegnamenti, facendo tesoro in alcuni casi della sintesi concettuale contenuta in adagi latini che esprimono con impareggiabile efficacia il senso di problematiche giuridico-processuali che richiederebbero con termini moderni spiegazioni estremamente articolate e complesse[2].

Il punto di partenza è il richiamo alla buona formazione (retorica) del giurista[3]: prima di affrontare una causa, è necessario acquisire un background culturale, umano e pratico estremamente complesso, che può essere appreso non soltanto con il proficuo compimento degli studi universitari, ma anche con l'integrazione indispensabile rappresentata dal tirocinio professionale e dalla frequenza di una seria scuola di formazione forense o di specializzazione legale[4]. Dopo aver completato il percorso formativo della scuola della legge occorre affrontare la scuola dei casi, come è stato autorevolmente scritto[5].

Ma anche questo non basta. Ad un buon avvocato occorre un *quid pluris*: è necessario che il giovane talentuoso sappia innescare in se stesso un processo di auto-formazione. Non è sufficiente acquisire una perfetta tecnica difensiva, ma è necessario essere "attrezzati" anche culturalmente[6]. È il problema della necessità di orientarsi nella complessa realtà della società moderna attraverso la bussola che solo il patrimonio indispensabile costituito dalle buone letture può garantire[7]. Non bisogna mai dimenticare che

---

2. D. Velo Dalbrenta, *Lo stile dell'esposizione forense*, in *Metodologia della scrittura forense*, a cura di P. Moro, Trento, 2006, p. 99; *id.*, *L'uso dei brocardi nel discorso forense*, in *Retorica, processo, verità*, a cura di F. Cavalla, Padova, 2005, p. 337 e ss.

3. P. Moro, *Educazione retorica e formazione forense*, in *Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. Moro, cit., p. 15 e ss., *id.*, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Pordenone, 2009; M. Manzin, *La formazione dei formatori. Come s'insegna nel "ginnasio forense"*, in *Sul metodo della didattica giuridica*, a cura di P. Moro, cit., p. 25 e ss.

4. Sul problema della formazione degli avvocati: A. Mariani Marini, *Il futuro di una professione antica. Prospettive per le scuole forensi*, in *Conferenza Nazionale delle scuole forensi. Atti*, a cura di G. Alpa, Roma, 2009, p. 11 e ss.; *id.*, *Come formare il giurista*, in *Diritto & formazione*, 2005, 10, p. 1388; *id., La formazione dell'avvocato – il ruolo della scuola forense*, in *La previdenza forense*, 2005, pp. 311 e ss.; *id.* introduzione a *Un modello formativo per l'avvocatura*, a cura del Censis e del Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati, Milano, 2000, p. 23.

5. N. Irti, *La formazione del giurista*, in *La previdenza forense*, 2004, 3, p. 201.

6. U. Vincenti, presentazione, in *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, di A. Mariani Marini, Napoli, 2009, p. XIV.

7. La necessità della lettura nella formazione del retore è insegnamento antico: Quintiliano, *Institutio oratoria*, X, 1, 2; Cicerone, *De oratore*, I, 5, 17.

il giurista costituisce il "*pronto soccorso delle ambasce umane*"[8] e solo una grande cultura consente di discendere nei meandri dell'animo umano[9].

La necessità di alimentare continuamente questo indispensabile patrimonio culturale nella formazione e nell'aggiornamento professionale è oggetto di attenzione sin dall'antichità ed è stato riscoperto di recente anche dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura[10]. Non basta la conoscenza dei codici, in piena epoca di decodificazione[11] e di crisi del sistema normocentrico del diritto, ma occorre lo studio della letteratura e delle arti, della poesia e della scienza, della filosofia e della psicologia[12]. Naturalmente questo complesso processo di formazione del giurista moderno richiede doti attitudinali non comuni: il talento, una vasta cultura personale, la fantasia e la predisposizione alle relazioni umane.

Natura enim non docetur, dicevano gli antichi[13]: l'attitudine naturale non si può insegnare né apprendere; il talento è come il coraggio per Don Abbondio, uno non se lo può dare. Perciò bisogna scoraggiare la prosecuzione della carriera forense da parte di chi non abbia un'innata predisposizione allo studio della materia[14].

Chi scrive è ben consapevole che nel foro si riscontrano numerosissimi paradigmi umani che sono agli antipodi di questa concezione del giurista e della sua formazione: dappertutto proliferano legulei ignoranti, curiali, op-

---

8. P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1989, p. XXXI.

9. U. Vincenti, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. Vincenti – A. Mariani Marini – F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004: "*un giurista che non vivesse immerso nella società avvertendone le tendenze resterebbe una caricatura (lo diceva Carnelutti nella sua Metodologia), inutile, se non pericolosa.*"

10. La Scuola Superiore dell'avvocatura ha promosso il progetto libro per diffondere la necessità della lettura per la migliore comprensione dei testi nella formazione dell'avvocato. Vedansi: *Libri per ragionare, libri per sopravvivere*, a cura di A. Mariani Marini, S. Racheli, A. Cattani, Roma, 2010; A. Mariani Marini, *Il libro e la ruota*, in *Gli oratori del giorno*, 2010, 2, p. 9 e ss.; *id.*, *Tu leggi?, Io no, perché? Un progetto per dare risposte ai giovani*, in *Diritto e formazione*, 2011, p. 1 e ss.; A. Cattani, *Leggere: indicazioni per un uso terapeutico*, in *Diritto e formazione*, 2011, p. 568 e ss.; P. Bellucci e M.C. Torchia, *La lettura fra comprensione e produzione. Il contributo della sociolinguistica*, in *Diritto e formazione*, 2011, p. 301 e ss.; S. Racheli, *Il progetto-libro della Scuola Superiore dell'Avvocatura*, in *Diritto e formazione*, 2011, p. 319 e ss.; D. Cerri, *Il ruolo della letteratura nella formazione e nell'educazione del giurista. Il progetto libro per gli avvocati italiani*, in *Diritto e formazione*, 2011, p. 312 e ss.

11. Per un esame dell'evoluzione deontologica forense rispetto alla crisi del giuspositivismo, vedasi F. Puppo, *La deontologia forense nell'età della decodificazione: uno sguardo alla situazione italiana,* in *Retorica e deontologia forense*, a cura di P. Moro e M. Manzin, Milano, 2010, p. 75 e ss.

12. F. Cavalla, in U. Vincenti – A. Mariani Marini – F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004, p. 130.

13. Quintiliano, *Institutio oratoria*, VI, 4, 12; Cicerone, *De oratore*, II, 20, 85.

14. Quintiliano, *Institutio oratoria*, II, 8, 7.

portunisti, avidi e pavidi. Lo stereotipo non è soltanto quello dell'Azzeccagarbugli dei Promessi sposi o di Bartolo delle mozartiane Nozze di Figaro nello splendido libretto di Da Ponte ("*se tutto il codice dovessi volgere, se tutto l'indice dovessi leggere, con un equivoco, con un sinonimo, qualche garbuglio si troverà*")[15], ma è un fenomeno che si ripete continuamente nella storia dell'avvocatura e la accompagnerà per sempre. Ma contro questa perniciosa deriva della professione forense si erge l'argine costituito da quelle straordinarie personalità che riescono, con il portato del loro esempio e delle loro opere, a far brillare un'immagine completamente diversa del giurista, studioso, colto, diligente, onesto, sobrio e impavido[16].

La tradizione classica ci tramanda la figura del *vir bonus dicendi peritus*, che è il prodotto della formazione retorica del giurista[17]; invero la qualificazione *bonus* e *peritus* non va intesa nel duplice senso di abilità e probità professionale come virtù distinte, ma in un unico concetto dove la capacità tecnica e la dote morale si integrano ontologicamente, "*essendo il bonus il fondamento e la misura del peritus*", come è stato magistralmente scritto[18].

Pertanto il giovane giurista deve avvicinarsi al mistero del processo[19] nella consapevolezza delle difficoltà imposte dall'impervio percorso formativo e dalla complessità dei rapporti sociali in continua mutevolezza, specialmente nella società globalizzata del ventunesimo secolo.

L'esempio da seguire è quello costituito dai grandi maestri che senza soluzione di continuità discendono dalla grande tradizione della retorica

---

15. La citazione è tratta da M. Manzin, *Avvocati custodi del processo*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, Milano, 2010, p. 17.

16. Il richiamo non può non andare a Piero Calamandrei, autore di opere straordinarie: *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1989; *id.*, *Troppi avvocati!*, ristampa anastatica a cura della Fondazione forense bolognese, Bologna, 2006. Bisogna anche valorizzare il recupero di studi antichi che riproponevano questo cronico scontro tra legulei verbosi, ignoranti e scorretti e avvocati diligenti, colti, studiosi e onesti. In questo senso il mio pensiero va a F. Sansovino, *L'avocato, dialogo nel quale si discorre tutta l'auttorità che hanno i Magistrati di Venezia. Con la pratica delle cose giudiziali del Palazzo*, Venezia, 1559, ripubblicato a cura di P. Calamandrei, Firenze, 1942; ma vedasi anche C. Goldoni, *L'avvocato veneziano*, commedia ripubblicata a cura di I. Cacciavillani, Venezia, 2009; Tra i contemporanei, per cui non si spenderanno mai abbastanza parole di gratitudine, A. Mariani Marini, *Agli antipodi dell'azzeccarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Napoli, 2009; F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità*, a cura di F. Cavalla, Milano, 2007, p. 84 e ss.

17. P. Moro, *Vir bonus dicendi peritus. L'etica dell'avvocato di valore*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di P. Moro, Milano, p. 19 e ss.

18. M. Manzin, *Avvocati custodi del processo*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, cit., p. 9.

19. Il richiamo non casuale è a S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994.

classica e arrivano, purtroppo sempre più sporadicamente, anche nella realtà contemporanea[20].

2. Lo studio della causa civile: il confronto preliminare con il cliente

Una volta chiarito preliminarmente il modello formativo da perseguire da parte del giovane giurista, bisogna affrontare il problema della prassi[21] del diritto, ovverosia la frequentazione del foro.

Il primo approccio del giurista con la scuola dei casi[22] è il colloquio con il cliente. Il problema di questo confronto è tradizionalmente trascurato dagli studiosi, che si addentrano solitamente nelle tematiche dei contenuti delle questioni giuridiche, tralasciando gli essenziali aspetti umani, psicologici e sociali.

Eppure, già su questo fondamentale confronto tra patrono e patrocinato esistono degli antichi studi che mantengono inalterata tutta la loro validità.

Secondo la concezione della gente comune la funzione dell'avvocato sarebbe quella di vincere le cause, *per fas et nefas*, ovverosia senza alcuna indagine sulla fondatezza giuridica delle pretese azionate, e senza alcuna considerazione di tipo etico, pubblico e deontologico[23]. L'avvocato non è visto come un autentico promotore di legalità perché non gli è generalmente riconosciuta la funzione di elemento indispensabile del processo per rappresentare al meglio gli interessi del proprio assistito per il fine ultimo del miglior funzionamento dell'amministrazione della giustizia[24].

---

20. Per un panorama in questo senso, vedasi F. Coppi, *Dall'oratoria classica all'eloquenza attuale*, in *Gli oratori del giorno*, 2003, p. 2 e ss.

21. G. Alpa, *Prassi*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 1374 e ss.; M. Manzin, in *Metodologia della scrittura forense*, a cura di P. Moro, Trento, 2006, p. 7 e ss.

22. U. Vincenti, *Dalla legge al caso: l'attività inventiva dell'avvocato attraverso il caso concreto*, in *L'avvocato e il processo. Tecniche di difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p. 349 e ss.; *id.*, *Dalla legge al caso: la tecnica della decisione nei sistemi legali*, in *Le strategie della difesa*, a cura di A. Mariani Marini, Milano, 2002, p. 165 e ss.

23. Per una visione contraria a quella prospettata: A. Mariani Marini, *Etica degli affari, etica della professione*, in *Diritto & formazione*, 2005, 11, p. 1531; *id.*, *Formazione, cultura, deontologia*, in *La previdenza forense*, 2001, p. 270. Per una posizione ancora diversa, secondo cui l'avvocato sarebbe "*parte parziale*" e potrebbe argomentare legittimamente *contra legem*: F. Giunta, *Il difensore tra etica e retorica*, in *Gli oratori del giorno*, 2010, 4, pp. 11-24 e 5, pp. 33-48, con particolare riguardo alle pagine 45 e 47.

24. P. Calamandrei, *Troppi avvocati!*, ristampa anastatica a cura della Fondazione forense bolognese, cit., p. 10; A. Mariani Marini, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. Vincenti – A. Mariani Marini – F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa,

E così accade sovente che l'avvocato si presti ad accettare qualsiasi incarico dal proprio cliente, confidando in due antichi principi: *habent lites sidera sua* e *iura novit curia*. In base al primo adagio, si ritiene che non sia possibile stabilire preventivamente l'esito di una causa, che sfuggirebbe a qualsiasi possibile pronostico, potendo intervenire nel corso del processo innumerevoli eventi imprevedibili. Per il secondo principio, invece, l'individuazione della norma applicabile al caso concreto spetta solo al giudice, mentre l'avvocato dovrebbe portare all'attenzione della curia solo l'allegazione del fatto costitutivo e la domanda del proprio assistito. Si tratta, però, di una lettura distorta ed inaccettabile per l'avvocato che deve svolgere una funzione pubblica nel processo civile e, più in generale, nell'ambito della società moderna. Lo stesso codice deontologico forense impone all'avvocato, in base agli articoli 6, 36 e 49, di non consigliare o proporre azioni in mala fede, oppure inutilmente gravose o vessatorie per la controparte[25]. Quindi, è necessario un adeguato studio preliminare della questione giuridica[26] partendo dal primo colloquio con il proprio (potenziale) assistito.

L'*incipit*, dunque, è lo *status causae*, ovverosia la comprensione e l'intelligenza del caso[27] che parte proprio dal confronto con il proprio assistito[28]. Il problema per il giovane giurista è l'apprendimento della corretta tecnica di conduzione di questo colloquio che, come sempre accade in materia di didattica forense, non presenta profili contenutistici omogenei, variando caso per caso, ma consente di individuare delle linee guida metodologiche da tenere sempre in adeguata considerazione. In altre parole, il problema da affrontare nel colloquio con il patrocinato riguarda prima di tutto un aspetto metodologico e, solo in secondo luogo, variando caso per caso, il profilo del contenuto.

La comprensione del caso consente al giurista di compiere il primo passo nel proprio percorso metodologico che si suddivide in tre tappe: l'individuazione del problema, la ricerca della regola applicabile e la soluzione[29]. Nel momento del contatto con il cliente emerge l'ineludibile necessità per il difensore di avere un'adeguata predisposizione ai rapporti umani e un'ot-

---

2004, pag. 73; il fine ultimo dell'avvocato è quello di ottenere da parte del giudice la condivisione della sua tesi utilizzando "*argomenti buoni e condivisibili*".

25. R. Danovi, *Comm. del cod. deont. for.*, Milano, 2004, pp. 156, 533 e 727.

26. Quintiliano, *Institutio oratoria*, XII, 8,1.

27. P. Moro, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, Pordenone, 2009, p. 57.

28. P. Moro, *Metodologia della scrittura forense*, Trento, 2006, p. 19: P. Biavati, *le strategie della difesa nel processo civile*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 781.

29. G. Pascuzzi, *Riconoscere e usare gli argomenti interpretativi*, in *Diritto e formazione*, 2007, p. 289 e ss.

tima conoscenza della cultura del suo tempo, perché il diritto è essenzialmente una scienza pratica. Il patrono, infatti, deve saper comunicare con il proprio patrocinato in base alla sua cultura, all'età e condizione sociale e economica. Si pensi alla differenza di impostazione che deve essere data al colloquio nel caso in cui l'interlocutore sia un funzionario di banca, un dirigente d'azienda, un professionista, un anziano pensionato, un minore, o una persona in delicate condizioni sociali. Non vi è dubbio che il giurista debba saper utilizzare nella conversazione il linguaggio in maniera chiara e adeguata a seconda delle caratteristiche della persona con cui si confronta, non esitando a ricorrere anche a forme molto semplici, rispettando rigorosamente il meccanismo retorico della politropìa[30]. L'avvocato deve ascoltare attentamente l'esposizione dei fatti proposta dal cliente ma non deve subirla acriticamente. L'assistito spesso riferisce i fatti non per informare l'avvocato sulla causa, ma per difendere le proprie tesi, come se stesse rivolgendosi ad un giudice.

Il patrono diligente deve sentire il cliente diffusamente, incalzarlo e prendere delle note[31]; l'avvocato deve saper vedere più di quanto gli venga rappresentato per cogliere aspetti che il proprio assistito cerca di nascondere o considera erroneamente irrilevanti. Poi il difensore deve porsi dalla parte dell'avversario, proponendo al cliente tutte le obiezioni possibili: si deve sottoporre preventivamente il caso alla prova retorica di resistenza per verificare la capacità delle tesi dell'assistito di superare le obiezioni avversarie[32]. È una prova preventiva di autoimmunizzazione delle argomentazioni a favore delle tesi del cliente che consente successivamente di essere più persuasivi ed efficaci nella stesura degli atti difensivi[33]. Naturalmente il colloquio con il cliente non è sufficiente per la compiuta analisi della questione giuridica: occorre esaminare con la massima accuratezza tutta la documentazione concernente la controversia, sapendo selezionare quella realmente utile ai fini della dimostrazione dei fatti costitutivi delle pretese del cliente; non di rado è necessario interrogare l'assistito sull'esistenza di altri documenti eventualmente non prodotti nel corso del primo colloquio, per valutare tutte le possibili variabili del processo. Si pensi, ad esempio, alla necessità di dimostrare l'interruzione di un termine di prescrizione attraverso la produzione dell'atto di costituzione in mora. La documentazione deve essere esami-

---

30. B. Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*, Milano, 1997, p. 18.

31. Quintiliano, *Institutio oratoria*, XII, 8, 7 e ss.; P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 141: P. Ruggieri, *La strategia nasce dallo studio dei documenti*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, dossier, 2000, 9, p. 12 e ss.

32. P. Moro, *Metodologia della scrittura forense*, cit., p. 31.

33. M. Piattelli Palmarini, *L'arte di persuadere*, Milano, 1995, p. 52.

nata attentamente perché spesso non riporta quanto rappresentato dall'assistito, oppure pone in evidenza circostanze che non erano state adeguatamente considerate. In questa fase la regola aurea è quella di prendere delle note sul colloquio e sull'esame della documentazione: *lege totum, nota semper*[34]. Queste note diventano poi preziose non soltanto per affrontare la successiva impostazione della causa, considerando anche i tempi della giustizia civile a cui, purtroppo, siamo abituati, ma anche per difendersi dalle contestazioni del cliente che, talvolta a distanza di tanti anni, può dolersi delle scelte processuali dell'avvocato, che magari ha inconsapevolmente seguito strade sbagliate dovute alle false rappresentazioni della realtà indicate dal proprio assistito. Alla fine, l'avvocato deve trincerarsi, di fronte alla questione giuridica posta alla sua attenzione, dietro alla barriera del *cras respondebo*, tranne nei pochi casi in cui la soluzione giuridica sia di palmare evidenza.[35] Infatti, quando la questione è complessa, bisogna porre in essere un'altra parte dello studio della causa, dopo aver preso visione del caso secondo l'illustrazione del cliente e dopo aver immaginato le possibili obiezioni della controparte: è necessario porsi dalla parte del giudice[36] e immaginare di esaminare imparzialmente la controversia per valutare quali argomentazioni potrebbero essere più efficaci, anche considerando le eccezioni della controparte. A questo punto si è nelle condizioni di esprimere un parere al cliente sull'opportunità di promuovere una lite o resistere alla pretesa di un avversario[37]. Va subito sottolineato che l'avvocato civilista coscienzioso saprà sconsigliare il cliente dall'affrontare la causa quando la ritenga ingiusta o manifestamente infondata[38]. Il retore probo e onesto deve rinunciare all'incarico quando, dopo aver studiato il caso, si sia reso conto che la pretesa del cliente sia priva di fondamento e di speranze. L'avvocato non deve assecondare passivamente e acriticamente le iniziative giudiziarie più fantasiose e pretestuose[39]. Questa impostazione viene talvolta criticata perché ritenuta eccessivamente rigorosa, considerate le incertezze della at-

---

34. A. Mariani Marini, *Appunti per un parere. La consulenza difficile del giovane avvocato*, in *Diritto e formazione*, 2007, p. 452 e ss.

35. E. Sacchettini, *Con una corretta valutazione del caso la causa trova subito il "giusto binario"*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, dossier, 2000, 9, p. 9.

36. È un'impostazione antica che si tramanda fino ai nostri giorni: Cicerone, *De oratore, II, 24, 102;* Quintiliano, *Institutio oratoria*, XII, 8, 15; P. Calamandrei, *L'elogio dei giudici scritto da un avvoc*ato, cit., p. 141.

37. A. Mariani Marini, *Appunti per un parere. La consulenza difficile del giovane avvocato*, in *Diritto e formazione*, cit., p. 449 e ss.

38. Quintiliano, *Institutio oratoria*, XII, 7, 6: "*l'oratore non difenderà tutti indiscriminatamente e non aprirà anche ai pirati il porto di salvezza della sua eloquenza*."

39. R. Danovi, *Commentario al codice deontologico forense, Milano*, 2004, p. 527.

tuale legislazione[40], ma ritengo personalmente che sia tuttora valida anche in base agli stessi orientamenti più recenti della giurisprudenza in materia di responsabilità professionale dell'avvocato. Infatti, nel momento in cui l'avvocato consiglia al cliente di assumere o meno determinate iniziative processuali, esprime un parere stragiudiziale che può assumere forme svariate, dalla semplice consulenza orale svolta direttamente al termine del colloquio, fino alla stesura di un complesso parere *pro veritate.* Normalmente il parere deve esprimere argomentazioni dirette alla tutela della posizione del cliente, anche esaminando dialetticamente le tesi contrarie[41]. Il parere non ha fini persuasivi ma deve fornire al cliente una risposta oggettiva, che può contenere soluzioni non univoche, allorquando sussista un contrasto della giurisprudenza, oppure addirittura può esprimere un esito non favorevole alle tesi del patrocinato[42]. Il contenuto del parere, tra l'altro, deve essere coordinato con le disposizioni di cui all'art. 40 del codice deontologico forense, che impongono l'adeguato assolvimento dell'obbligo informativo[43] per ottenere il consenso da parte dell'avente diritto allo svolgimento dell'attività difensiva[44]: l'avvocato deve dare all'assistito tutte le informazioni possibili sulle caratteristiche della controversia, sull'importanza delle attività da espletare, sulle iniziative da assumere e sulle possibili soluzioni. Inoltre, se richiesto, l'avvocato deve informare la parte assistita sulla presumibile durata del processo e sui relativi costi. Infine, l'avvocato deve informare l'assistito del diritto di accedere al gratuito patrocinio, quando ne ricorrano gli estremi, e della possibilità (o dell'obbligatorietà) di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal decreto legislativo n. 28/2010 e delle relative agevolazioni fiscali[45]. In questa fase della propria prestazione professionale

---

40. E. Sacchettini, *Con una corretta valutazione del caso la causa trova subito il "giusto binario"*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., *ibidem*.

41. P. Moro, *Metodologia della scrittura forense*, Trento, 2006, p. 33.

42. P. Pitter, *Considerazioni sul metodo di redazione dei compiti scritti per gli esami di avvocato*, in *Metodologia della scrittura forense*, a cura di P. Moro, op. cit., pp.115-118; D. Poto, *Note sparse sul parere legale*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 904.

43. C. Cass. 30 luglio 2004 n. 14597, in *Giur. It.*, 2005, p. 1401 e ss., con nota di S. Perugini, *La diligenza imposta al professionista nell'espletamento del suo incarico e l'obbligo di informazione*. La S.C. ha statuito che incombe sull'avvocato l'onere della prova di aver adeguatamente adempiuto l'obbligo di informazione in ordine a tutte le circostanze indispensabili per l'assunzione da parte del cliente di una decisione pienamente consapevole dell'opportunità o meno di iniziare un processo.

44. R. Danovi, *Commentario del codice deontologico forense,* Milano, 2004, p. 606.

45. Sulla mediazione: A. Mariani Marini, *Specificità ed etica della mediazione*, in *Diritto e formazione*, 2010, 6, p. 980 e ss.; A. Santi, *Il procedimento di mediazione. Commento all'art. 8 d. lgs. 28/10*, in atti del Convegno di Roma dell'11 dicembre 2010 a cura del C.N.F. e della Scuola Sup. dell'Avvocatura; D. Dalfino, M*ediazione e conciliazione nel d.*

l'avvocato non adempie un'obbligazione di mezzi, come normalmente accade nella fase giudiziale del rapporto, ma una vera e propria obbligazione di risultato, dovendo offrire al cliente tutti gli elementi di valutazione necessari allo scopo di assumere una consapevole decisione in ordine all'opportunità o meno di promuovere la causa, rispondendo anche per colpa lieve allorquando ometta di segnalare al cliente, per ignoranza, negligenza o imperizia, tutte le questioni di fatto o di diritto che avrebbero sconsigliato l'utile esperimento dell'azione[46] (come per esempio nel caso di omessa segnalazione del compimento della prescrizione del suo diritto). Il problema che si può porre, infine, riguarda l'assunzione dell'incarico in una causa per cui l'avvocato ritenga che vi sia un elevato, se non certo, rischio di soccombenza. La causa è perduta *ab origine* quando contrasta sul piano della logica formale con il diritto positivo, oppure quando avversa un granitico e consolidato orientamento giurisprudenziale, oppure quando non è sorretta dal materiale probatorio necessario per assolvere, almeno a livello di verosimiglianza, l'onere della prova[47]. La dottrina classica, in ossequio al principio già citato *habent lites sidera sua*, riteneva che fosse impossibile la valutazione preventiva prognostica della lite [48]. Da tempo, però, e ancor più dopo l'introduzione del codice deontologico forense, le cui regole non hanno un valore meramente comportamentale interno alla categoria ma costituiscono vere e proprie fonti normative[49], si ritiene che il professionista sia gravato, in fase pre-

---

lgs. 28/10 e nel d.m. 180/10: il dovere di informazione e la valutazione della proposta, in atti del Convegno di Roma dell'11/12/10, cit.; I. Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in atti del Convegno di Roma dell'11 dicembre 2010, cit.; E. Minervini, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contratto e impresa*, 2011, 2, p. 339 e ss.; G. Dosi, *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 226 e ss. p.; A.M. Uzqueda, *La mediazione: un cambio di paradigma per la composizione delle controversie civili e commerciali*, in *Diritto e formazione*, 2010, p. 643 e ss.

46. C. Cass. 14 novembre 2002 n. 16023, in *Giust. civ. Mass. 2002, 1977*; sul punto vedasi l'utile contributo di P. Moro, *Vir bonus dicendi peritus. L'etica dell'avvocato di valore*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro. Milano, 2010, pp. 25-26.

47. E. Carbone, *La responsabilità civile del patrono di causa persa*, nota a C. Cass. 2 luglio 2010 n. 15717, in *Giur. It.,* 2010, p. 2256 e ss.

48. C. Cass. 10 febbraio 1931, in *Foro It*., 1931, I, 628 e ss.; F. Carnelutti, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. Dir. Proc. civ.*, 1932, II, 57.

49. C. Cass. S.U. 20 dicembre 2007 n. 26810, in *Foro it.*, 2009, II, I, pp. 3167 e ss., con nota di G. Scarselli, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*. Le S.U. hanno definitivamente statuito che le norme del codice deontologico forense costituiscono fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al C.N.F. il potere disciplinare con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello stato, e come tali sono interpretabili direttamente dalla corte di legittimità. Sul punto vedansi anche: E. Danovi, *Comm. del codice deontologico forense*, Milano, 2004, p.

liminare, dal dovere di chiarimento ed informazione circa le possibilità di successo nella causa[50]. Pertanto, se l'avvocato ritiene che le ragioni del cliente siano manifestamente infondate, o ad alto rischio di esito negativo, ha la facoltà di non accettare l'incarico. Anzi, come è stato scritto *supra*, non dovrebbe accettare l'incarico, anche se non si può escludere che, in determinate condizioni, sia possibile accettare la nomina, se non altro per garantire il diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione. L'avvocato, se decide di accettare il mandato in una causa c.d. persa, dopo avere informato adeguatamente il cliente, non solo deve seguire il processo con opportuna diligenza per limitare il danno o sfruttare le eccezioni provocate dagli errori della controparte, ma deve anche adoperarsi per trovare una soluzione transattiva, a pena di responsabilità professionale[51]. Conseguentemente la decisione di assumere un incarico in una causa c.d. persa o ad alto rischio, non solo non comporta un affievolimento del grado di diligenza richiesto al difensore, ma addirittura un aumento dell'impegno professionale fino al punto di doversi adoperare in prima persona per il contenimento del danno al cliente.

Quindi, il confronto del patrono con il cliente è delicatissimo e investe moltissime conoscenze ed abilità di carattere culturale, umano e psicologico. La trascuratezza di questa fase del rapporto professionale non solo comporta dei difetti genetici della prestazione, che poi si riflettono in tutto lo svolgimento dell'attività di patrocinio, ma espone il difensore a gravi rischi per responsabilità professionale e disciplinare.

3. La strategia probatoria nella causa civile

Dopo lo studio della causa e l'accettazione del mandato, l'avvocato deve approfondire la strategia probatoria[52] del processo da affrontare. In verità, come è stato evidenziato dianzi, già durante lo studio della causa[53] il giurista

---

9 e ss.; U. Perfetti, *Il codice deontologico forense, tra profili teorici e percorsi di riforma*, in *Rassegna forense*, 2006, 2, p. 931 e ss.

50. F. Santoro Passarelli, voce "*Professioni intellettuali*", in *Nov. Digesto it.*, XIV, Torino, 1967, p. 25.

51. C. Cass. 2 luglio 2010 n. 15717, in *Giur. It.*, 2010, p. 2256 e ss.

52. G. Frigo, *Tecniche e deontologia nella gestione diretta delle prove penali*, in *Le strategie della difesa*, a cura di A. Mariani Marini, Milano, 2002, p. 184; A. Gentili, *Processo civile e forme della retorica*, in *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio ed etica*, a cura di M. Manzin e F. Puppo, Milano, 2008, p. 307.

53. P. Biavati, *Le strategie della difesa nel processo civile*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 784: "*Un esercizio da suggerire agli allievi delle scuole forensi, a mio avviso, è quello di*

deve saper cogliere gli aspetti essenziali del *thema probandum*, se non altro per escludere la possibilità di dover rinunciare all'incarico (*rectius* di non accettare il mandato defensionale) per l'impossibilità di sostenere adeguatamente le ragioni del proprio assistito per mancanza di evidenze probatorie, salva l'opportunità di suggerire un'eventuale soluzione transattiva. Una tesi sfornita completamente di supporto probatorio, sulla base del principio di cui all'art. 2697 c.c., a mente del quale *onus probandi incumbit ei qui dicit*[54], è insostenibile. L'istruttoria costituisce la fase centrale e nevralgica del processo civile: la prova, quale strumento per il giudizio su un fatto da provare, è il fulcro del processo. Le prove (i documenti, le testimonianze e in qualche modo anche le consulenze tecniche) costituiscono tradizionalmente argomenti non tecnici intrinseci al processo che si integrano con quelli estrinseci costituiti dalla legislazione[55], dalla giurisprudenza[56] e dalla dottrina[57]. L'argomento viene definito sin dall'antichità "*come la ragione che rende certo un elemento dubbio*"[58], mentre l'argomentazione è il ragionamento retorico che non si limita a descrivere o giustificare un fenomeno, ma cerca di giustificarlo e dimostrarlo[59]. L'abilità di

---

prepararsi, secondo una scaletta mentale logica, al colloquio con il cliente: quel colloquio indispensabile per accertare i fatti e tradurli poi nello scritto giudiziario. È lì che nasce la futura raccolta delle prove e, in qualche modo, la stessa possibilità di prevedere l'esito della lite".

54. O del suo contrario: *actore non probante, reus absolvitur*.

55. Sulla crisi della legge nel novero delle fonti del diritto: A. Mariani Marini, *Scienza giuridica e argomentazione forense*, in *Diritto e fo*rmazione, 2010, 1, p. 141; P. Moro, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, op. cit., p. 22 e ss.*; U. Vincenti, Argomenti e decisioni argomentate correttamente, in L'argomentazione e il metodo nella difesa*, a cura di A. Mariani Marini e F. Procchi, Pisa, 2004, p. 41; P. Doria, *Il metodo casistico, la retorica forense e la redazione dei testi giuridici nella scuola di formazione degli avvocat*i, in *Sul metodo della didattica g*iuridica, a cura di P. Moro, Trieste, 2011, p. 77; F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, I, p. 113 e ss.

56. Sull'opportuno utilizzo della giurisprudenza nell'argomentazione giuridica: M. Paganelli*, Tanto tuonò che piovve: il diritto giurisprudenziale del XXI secolo*, in *Diritto e formazione*, 2010, p. 973 e ss.; *id.*, *Come si legge una sentenza*, in *Diritto e formazione, 2007*, 1, pp. 121 e segg.; *id.*, *Il diritto giurisprudenziale e l'uso consapevole del precedente*, in *Diritto e formazione*, 2008, 4, p. 625 e ss.; F. Puppo, *Ricerca della giurisprudenza ed ordine degli argomenti*, in *Metodologia della scrittura forense*, a cura di P. Moro, op. cit., p. 59 e ss.; D. Poto, *Il dovere dell'avvocato di conoscere la giurisprudenza*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p. 361 e ss.; F. Galgano, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 889 e ss.

57. P. Moro, *Metodologia della scrittura forense,* Trento, 2006, p. 24: A. Mariani Marini, *Il ragionamento dell'avvocato. Le tecniche argomentative nel discorso giudiziale*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 285 e ss.

58. Cicerone, Topica, 8: *rationes quae rei dubiae fidem faciunt*.

59. P. Moro, *Metodologia della scrittura forense,* Trento, 2006, p. 22.

ricercare i mezzi di prova pertinenti[60] e rilevanti rispetto alla tesi da dimostrare ai fini dell'accoglimento della domanda rientra nella tecnica argomentativa dell'avvocato[61]. Il *thema probandum* si pone in intima connessione con la formulazione delle conclusioni delle parti: normalmente la domanda per l'attore e l'eccezione per il convenuto. Le conclusioni si collocano nel punto di intersezione fra il diritto processuale e quello sostanziale[62]. Da tempo chi scrive sostiene che la distinzione tra il diritto processuale e quello sostanziale, intesa come studio separato delle due materie, non ha più ragion d'essere nel momento in cui si tratta della didattica forense: non vi è chi non veda che le due materie ad un certo punto si intersecano e si integrano fino a diventare un unico strumento per far valere le proprie ragioni nel processo. Il diritto sostanziale privo di adeguato strumento processuale rimane sfornito di tutela; il diritto processuale senza un fondato diritto sostanziale da dover tutelare è un vuoto contenitore. Alle parti, visto l'art. 2697 c.c., spetta l'onere della prova; l'attore dovrà pro-

---

60. Sul concetto di pertinenza: U. Vincenti, *La pertinenza (aspetti logici e deontologici)*, in *Diritto e formazione*, 2011, p. 444 e ss.

61. La tesi proposta segue l'impostazione di coloro che ritengono che la ricerca degli argomenti da utilizzare nel processo appartenga all'*inventi*o, ovverosia l'attività retorica volta a reperire gli argomenti da utilizzare nel processo. Così, P. Moro, *Metodologia della scrittura forense*, Trento, 2006, p. 17. D'altro canto vi è chi ritiene che l'attività di ricerca degli argomenti atecnici, sia estrinseci (legislazione, giurisprudenza, dottrina) che intrinseci (prove) al processo, non appartenga all'*inventio*, perché non è liberamente creata dal ragionamento e non è dedotta dall'oratore, trattandosi di frammenti di realtà già dati; in questo caso l'abilità consisterebbe nell'inserimento appropriato dell'argomento nel discorso difensivo. Così U. Vincenti, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. Vincenti – A. Mariani Marini – F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004, p. 40. La distinzione tra le due tesi, che pure parte da identiche premesse, ovverosia lo studio della teoria della prova di Aristotele (*Retorica*, 1355, b) e Cicerone (*Orator*, 2, 116), deriva dall'adesione alla teoria argomentativa o a quella dimostrativa della prova. È stato dimostrato efficacemente che anche le teorie dimostrative della prova sono in realtà argomentative, perché provare non significa dimostrare la verità di un fatto, che non può essere vero o falso, ma solo esistere o non esistere. In altre parole la prova tende a dimostrare il probabile dal noto e quindi comporta sempre un giudizio o addirittura una valutazione. Così, ineccepibilmente, A. Gentili, *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, Milano, 2010, p. 118. Analoga posizione è espressa da F. Carnelutti, in *Diritto e processo*, Roma, 1958, p. 128. La prova, comportando un giudizio o una valutazione, necessita di essere argomentata; non diversamente, del resto, si deve parlare per le prove atecniche estrinseche, in particolare la legge e la giurisprudenza: da tempo sappiamo che la regola da applicare al ragionamento sillogistico giudiziale, ovverosia la premessa maggiore, è solo una delle possibili interpretazioni della norma, per cui anche in questo caso la ricerca della regola deve essere adeguatamente argomentata. Per ulteriori approfondimenti, M. Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 553 ss.; D. Cerri, *Nuova formazione: riflessioni teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 619.

62. P. Biavati, *Le strategia della difesa nel processo civile,* in *Diritto e formazione*, 2008, p. 782.

vare i fatti costitutivi su cui poggia la propria domanda, mentre al convenuto spetterà la prova dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi che ha posto a base delle proprie eccezioni: *iudex secundum alligata et probata iudicare debet*. Le prove sono gli strumenti processuali per mezzo dei quali il giudice forma il suo convincimento dei fatti affermati dall'una e dall'altra parte[63]. Da questa funzione strumentale discende la nota distinzione tra mezzi di prova e prove[64]: proprio perché le prove sono strumenti di convincimento del giudice entrano nel processo come mezzi di prova e diventano prove in senso stretto solo quando sono intese nella loro essenza di giudizio[65]. Attraverso i mezzi di prova il giudice determina il giudizio sui fatti proposti dalle parti (c.d. *quaestio facti*). Il processo civile non porta ovviamente all'accertamento storico di una verità[66], ma più semplicemente ad un giudizio di probabilità e verosimiglianza[67] in base all'esito dell'attività istruttoria posta in essere dalle parti. La certezza giuridica (il c.d. vero giuridico[68]) sul fatto oggetto dell'accertamento giudiziale si ottiene solo con il giudicato. Il sistema di ammissione e assunzione delle prove è

---

63. F. Carnelutti, *La prova civile,* Roma, 1947; L. P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2004; G. Verde, *Prova legale e formalismo,* in *Foro. It.*, 1990, V, 465 e ss.; *id.*, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 e ss.; B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1992; *id.*, *Prova*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 3 e ss.; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, II, p. 172 e ss.; S. Patti, *Prove, disposizioni generali*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1987; P. Biavati, *Problemi aperti in materia di assunzione delle prove civili in Europa*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ*., 2005, p. 425 e ss.

64. "*Prova è anzitutto il mezzo con cui la parte offre e il giudice suffraga una asseverazione dei fatti. Prova è poi il procedimento con cui il mezzo è acquisito al processo. Prova è infine il risultato intellettuale di asseverazione del fatto*". Così A. Gentili, *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, Milano, 2010, p. 117.

65. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, II, p. 173; F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Roma, 1958, p. 128 e 133.

66. G. Gulotta, *Verità e realtà processuale*, in *Il processo invisibile*, a cura di A. Forza, Venezia, 1997, p. 283: " *a partire da Platone si è capito che una verità vera, se pure esiste, esiste in una sfera che non è raggiungibile dalla conoscenza umana. … qualsiasi realtà non è che una costruzione di coloro che credono di averla scoperta e analizzata*". Sulla verità nel processo, in generale, vedansi: E. Randazzo, *L'avvocato e la verità*, Palermo, 2003; D. Patterson, *Diritto e verità*, a cura di M. Manzin, Milano, 2010; M. Manzin e P. Sommaggio (a cura di), *Interpretazione giudiziale e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006; A. Mariani Marini (a cura di), *Processo e verità*, Pisa, 2005; P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 164 e ss.

67. A. Mariani Marini, *Scienza giuridica e argomentazione forense*, in *Diritto e formazione*, 2010, 1, p. 143.

68. P. Calamandrei, *Troppi avvocati!*, ristampa anastatica a cura della Fondazione forense bolognese, cit., p. 8.

governato, visto l'art. 115 c.p.c., dal principio dispositivo[69], che pure nel nostro ordinamento è attenuato da alcune disposizioni particolari. In linea di massima il giudice deve attenersi nel giudicare la verità dei fatti alle prove offerte dalle parti. Questo principio risulta temperato sia dalla possibilità per il giudice di porre a fondamento della decisione fatti notori[70], sia dal vincolo posto dalle prove legali, sia dall'eccezionale possibilità di disporre l'assunzione di mezzi di prova d'ufficio. Il giudice, cui spetta la direzione dell'udienza e del procedimento (artt. 127 e 175 c.p.c.), può chiedere d'ufficio informazioni scritte alla pubblica amministrazione (art. 213 c.p.c.), può disporre l'ispezione di persone e cose (art. 118 c.p.c.) e l'interrogatorio libero delle parti (art. 117 c.p.c.) da cui trarre argomenti di prova che, per quanto non vincolanti, possono orientare la formazione del suo convincimento. Il giudice ha un potere molto ampio di istruzione d'ufficio della causa nel processo del lavoro[71] (art. 421 c.p.c.) e nel processo per la tutela dei dati personali (art. 152 d. lgs. n. 196/03 – che pure seguirà il rito del lavoro per la semplificazione dei riti civili disposta dall'art. 10 del d. lgs. n. 150/2011); infine, nel processo avanti al giudice monocratico, visto l'art. 281 *ter* c.p.c., può essere disposta la prova testimoniale d'ufficio quando le parti si sono riferite a persone che paiano in grado di riferire la verità. Naturalmente, però, questo potere ufficioso, per il principio del giusto

---

69. Sul principio dispositivo: F. De Sanctis, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità del processo*, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2005, 2, p. 155 e ss.*;* P. Schlesinger*, Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Corr. Giur.*, 1991, p. 5; E.F. Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, Padova, 1974. Per l'ambito probatorio, vedasi F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, in *Rassegna forense*, 2006, 1, p. 591.

70. Il fatto notorio è un fatto acquisito con tale grado di certezza da apparire indubitabile e incontestabile; così C. Cass. 7 aprile 1992 n. 4223, in *Giust. Civ., Mass.*, 1992, 4; per Calamandrei il fatto notorio rientra in quel patrimonio di nozioni comunemente e pacificamente accettate accolte in una determinata cerchia sociale che possiamo genericamente denominare cultura. P. Calamandrei, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1925.

71. Va subito evidenziato che questo ampio potere istruttorio del giudice del lavoro rimane eccezionale, perché non è stato trasferito nelle cause che seguiranno il rito del lavoro a' sensi degli artt. 6 – 13 del d. lgs. n. 150/2011 in tema di semplificazione delle cause civili; il 4° comma dell'art. 2 del decreto, infatti, dispone che, salvo che non sia altrimenti disposto, i poteri istruttori previsti dall'art. 421, secondo comma, del codice di procedura civile non vengono esercitati al di fuori dei limiti previsti dal codice civile. Il decreto legislativo n. 150/2011 ha semplificato i riti del processo civile indicando come modelli fondamentali il processo del lavoro, il rito sommario di cognizione e il rito ordinario di cognizione. Per una prima disamina, vedansi i commenti di G. Finocchiaro, in *Guida al diritto,* 8 ottobre 2011, 40, p. 63 e ss.; sul rito sommario di cognizione vedansi: A. Scrima, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: modelli decisori e impugnazioni*, in *Diritto e formazione*, 2010, p. 872 e ss.; G. Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, *in Foro it.*, 2009, V, 331.

processo e del contraddittorio[72], incontra alcuni limiti: nel caso in cui il giudice decida di disporre di ufficio di mezzi di prova, visto l'ottavo comma dell'art. 183 c.p.c., deve assegnare alle parti dei termini per dedurre altri mezzi di prova che si rendono necessari in relazione a quelli ammessi d'ufficio. Il potere d'ufficio del giudice nell'ammissione di mezzi di prova, però, visto il principio di imparzialità e di terzietà imposto dall'art. 111 cost.[73], deve essere esercitato con particolare prudenza, a fini meramente integrativi delle attività probatorie delle parti, perché il giudice non deve divenire un ausiliare della parte che non è riuscita a dare la prova delle proprie allegazioni o è incorsa in decadenze, né deve andare oltre le allegazioni dei fatti[74].

Il giudice gode di ampia discrezionalità nell'ammissione dei mezzi di prova richiesti dalle parti[75] e deve valutare le prove secondo il proprio prudente apprezzamento (art. 115 c.p.c.), visto il principio del libero convincimento[76], salvo che la legge non disponga altrimenti. La valutazione del

---

72. Il diritto al contraddittorio nella formazione della prova, benchè espressamente stabilito dal quarto comma dell'art. 111 Cost. solo per il processo penale, si ritiene che debba valere anche per il processo civile. Così S. Borsacchi, *La funzione dell'avvocato nella gestione della prova nel processo civile*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p. 404. Vedasi anche A. Carli, *Onere della prova, principio del contraddittorio e prova testimoniale disposta d'ufficio*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 1049 e ss.; sul contraddittorio in generale: *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di M. Manzin e F. Puppo, Milano, 2008; M. Manzin, *In principio era il contraddittorio*, in *La giustizia penale*, 2010, I, p. 397 e ss; F. Galgano, *Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1081 e ss.; Sull'applicazione nell'istruttoria dell'art. 6 della C.E.D.U., che garantisce il principio del diritto alla prova e della parità delle parti nel momento di formazione e assunzione della prova, F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, in *Rassegna forense*, 2006, 1, p. 583 e ss.

73. S. Borsacchi, *La funzione dell'avvocato nella gestione della prova nel processo civile*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, cit., p. 395 e ss.

74. F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, cit., p. 591.

75. A. Briguglio, *Il nuovo rito ordinario di cognizione: meno udienze, più preclusioni*, in *Giur. It.*, 2006, p. 644 e ss.; A. Carratta, *La nuova fase preparatoria al processo di cognizione: corsi e ricorsi di una "storia infinita"*, in *Giur. It.*, 2005, p. 2333; C. Viazzi, *Alcune questioni in materia di prove nel processo civile, tra ideologie del diritto privato e operazioni discutibili della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 127 e ss.; in giurisprudenza: C. Cass. 26 febbraio 2008 n. 5026, in *Rep. Giur. It.*, 2008, voce "lavoro e previdenza", n. 194; C. Cass. 10 maggio 2002 n. 6765, in *Rep. Giur. It.*, 2002, voce "prova in genere", n. 31.

76. Sul principio del libero convincimento del giudice molto appropriate appaiono le osservazioni di A. Gentili, che rileva che nella prassi quasi mai l'apprezzamento del giudice è libero; perché anche quando lo è formalmente, nella sostanza è guidato dalla necessità di ragioni di prevalenza razionale della tesi sui fatti accolta nella decisione su quella opposta. Infatti il libero apprezzamento non ha margine di espressione quando nel giudizio di fatto una delle due tesi proposte dalle parti è rimasta sfornita di prova. Il margine di discrezionalità riemerge quando entrambe le tesi appaiono entrambe pienamente provate, e allora il giudice

giudice della prova, quando sia adeguatamente e correttamente motivata, sfugge al sindacato di legittimità della corte di cassazione[77]. I mezzi di prova si suddividono nelle due grandi categorie delle c.d. prove precostituite e prove costituende: prove precostituite sono i documenti o le prove documentali (fotografie, disegni, registrazioni ecc.) che vengono ammesse nel processo tramite la semplice produzione nel fascicolo di parte, previa debita menzione nei relativi atti processuali (atto di citazione, comparsa di risposta o nella memoria istruttoria *ex* art. 183 6° comma n. 2 c.p.c.), o rispettando le formalità di cui all'art. 87 disp. att. c.p.c.

Molto più complessa è la formazione della prova costituenda: salvo quanto si è detto a proposito di poteri ufficiosi del giudice, occorre una tempestiva istanza di parte, che può essere riportata negli atti introduttivi del giudizio o nell'apposita memoria *ex* art. 183 6° comma n. 2 c.p.c.; poi deve seguire un provvedimento di ammissione del giudice, normalmente l'ordinanza di cui al settimo comma dell'art. 183 c.p.c.; infine il procedimento si completa con l'esperimento o l'assunzione della prova in esecuzione dell'ordinanza di ammissione. Il sistema dei mezzi di prova è a numero chiuso e sono ammissibili unicamente quelli disposti dalla legge per il principio di tipicità: oltre alle prove precostituite documentali e agli ordini di esibizione e di informazione, sono previsti la confessione, il giuramento, la prova testimoniale, l'ispezione giudiziale e il rendimento dei conti, mentre la consulenza tecnica e l'esame contabile, pur appartenendo all'istruzione probatoria, non sono mezzi di prova in senso proprio, bensì mezzi ausiliari di cognizioni tecniche che solitamente il giudice non possiede. Nel processo possono affluire anche altri mezzi di prova, c.d. atipici: si tratta generalmente di scritti provenienti da terzi, delle prove assunte in altri giudizi, delle sentenze penali di patteggiamento *ex* art. 444 c.p.p., delle certificazioni amministrative o dei verbali di polizia giudiziaria. Questi mezzi di prova atipici, pur non avendo l'efficacia delle prove tipiche, possono fondare indizi o presunzioni che, in determinate circostanze, quando sono gravi, precisi e concordanti (art. 2729 c.c.), possono costituire fondamenti della decisione[78] e comunque possono

---

deve comparare la forza persuasiva delle opposte prove, con un giudizio di attendibilità sulle rispettive produzioni. A. Gentili, *Retorica e teorie delle prove nel processo civile*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, Milano, 2010, pp. 135-136.

77. C. Cass. 6 novembre 2006 n. 23673, in *Rep. Giur. It.*, 2008, voce "procedimento civile (prova)", n. 614; C. Cass. 10 novembre 2003 n. 16831, *ivi,* 2004, voce "prova in genere", n. 139; C. Cass. 6 febbraio 2003 n. 1747, in *Rep. Giur. It.*, 2003, "voce prova in genere", n. 108.

78. C. Cass. 26 settembre 2000 n. 12763, in *Giur. It.*, 2001, p. 1378, con nota di C. Besso, *Prove atipiche e testimonianze scritte*; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, II, p. 183.

rivelare il *fumus boni juris* ai fini della concessione di provvedimenti cautelari. Il sistema delle prove è disciplinato da precise gerarchie: al vertice vi sono le prove legali, che in deroga al principio del libero apprezzamento, vincolano il giudice al loro risultato probatorio; è ad esempio il caso della confessione o del giuramento. Poi vi sono ulteriori distinzioni tra le prove dirette e indirette, a seconda che siano idonee a conoscere immediatamente il fatto da provarsi oppure un fatto diverso che dia luogo ad una presunzione[79]. La presunzione può essere semplice o legale ed è costituita dalla conseguenza che la legge (o il giudice nel caso sia semplice) trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto; la presunzione legale ha l'effetto di dispensare dalla prova coloro a favore dei quali essa è stabilita, mentre le presunzioni semplici sono rimesse all'apprezzamento del giudice che ha l'obbligo di una congrua motivazione quando le pone a fondamento di una decisione, fermo in ogni caso il divieto di *praesumptio de prasumpto*[80]. Non si può trarre infatti una prova indiretta (una presunzione) da un'altra indiretta (un'altra presunzione).

Particolare attenzione va posta dall'avvocato civilista ad altri due principi: il principio di non contestazione e il principio di vicinanza della prova. Il principio di non contestazione impone alla parte di contestare specificamente i fatti addotti dall'avversario, a pena dell'ammissione della circostanza dedotta, con l'effetto di sollevare la controparte dall'onere della prova. Detto principio è stato formalmente introdotto nel nostro codice con la legge 18 giugno 2009 n. 69 che ha modificato il contenuto del 1° comma dell'art. 115 c.p.c., consentendo al giudice di porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Già la legge n. 353/1990 aveva modificato l'art. 167 c.p.c., imponendo al convenuto di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda, riprendendo, anche se in maniera meno rigorosa, il contenuto dell'art. 416 c.p.c. in materia di lavoro[81]. L'altro principio da tenere in adeguata consi-

---

79. A. Bernardo, *Ragionare per presunzioni*, in Diritto e formazione, 2010, p. 317 e ss.

80. C. Cass. sez. trib. 3 febbraio 2011 n. 2593, in *Dir. & giust.*, 2011, s.m.; C. Cass. sez. trib. 13 ottobre 2010 n. 21125, in *Giust. civ.*, 2011, 3, 671; C. Cass. 9 aprile 2002 n. 5045, in *Giust. civ., Mass.*, 2002, 612. Per la giurisprudenza tributaria il divieto di doppia presunzione atterrebbe esclusivamente alla correlazione di una presunzione semplice con un'altra presunzione semplice, ma non con una presunzione legale.

81. Proprio per la differenza della formulazione tra l'art. 167 e l'art. 416, almeno fino all'introduzione del nuovo testo dell'art. 115, si era delineata una prevalenza dell'applicazione del principio di non contestazione nel rito del lavoro, dove si è giunti a ritenere che la mancata tempestiva contestazione sia sufficiente per assolvere l'onere della prova e impedire tardive contestazioni. Così, C. Cass. sez. lav. 15 gennaio 2003 n. 535, in *Foro It.*, 2003, I, 1463. Nel rito ordinario, invece, la giurisprudenza è stata più prudente, ritenendo che la con-

derazione è quello della c.d. vicinanza della prova. Questo criterio distributivo dell'onere della prova ha origine giurisprudenziale e comporta che, in sede di responsabilità contrattuale, la parte che agisce per la risoluzione, l'adempimento o il risarcimento del danno deve unicamente provare la fonte negoziale del suo diritto, potendosi limitare ad allegare (e non a dimostrare) l'inadempimento della controparte[82].

Si è ritenuto di dare un inquadramento generale, pur estremamente sommario, della disciplina della prova per poter trattare più compiutamente l'argomento della strategia probatoria dell'avvocato nel processo civile. Il problema per il giovane giurista è quello di assimilare adeguatamente la "cultura della prova"[83] che consenta di dedurre correttamente le istanze istruttorie da proporre nel processo. Un primo scoglio da affrontare è quello della tempistica delle richieste di ammissione dei mezzi di prova: infatti, se nel processo del lavoro le preclusioni probatorie intervengono sin dagli atti introduttivi, nel rito ordinario il termine è spostato sino al deposito delle memorie *ex* art. 183 6° comma n. 2 e 3 c.p.c.

Qualcuno ritiene che sia opportuno formulare le istanze istruttorie all'ultimo momento utile, dopo aver conosciuto l'impostazione difensiva della

---

testazione solo generica non equivalga ad ammissione e possa operare soltanto come elemento probatorio aggiunto e integrativo (C. Cass. 5 febbraio 2003 n. 1672 e C. Cass. 16 gennaio 2003 n. 559, entrambe in *Foro It.*, 2003, I, 2016), mentre, in caso di mancata contestazione anche generica, la S.C. a volte ha ritenuto provata la circostanza non contestata (C. Cass. 25 maggio 2004 n. 10313, in *Giust. Civ., Mass.*, 2004, 5), altre volte ha richiesto la necessità di un'esplicita ammissione (C. Cass. 28 ottobre 2004 n. 20916, in *Foro It.*, 2005, I, 727). Si deve ritenere che il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c. porterà ad irrigidire l'orientamento della giurisprudenza verso l'accertamento probatorio dei fatti non specificamente contestati (in questo senso, sia pure in ambito agrario, ove il riscatto è individuato dalla legge, C. Cass. 18 maggio 2011 n. 10860, in *Giust. Civ., Mass.*, 2011, 5). Sul principio di non contestazione, vedansi anche A. Carratta, *Il principio della non contestazione*, Milano, 1995; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, I, pp. 123-124 e II, pp. 46 e 47, con particolare riferimento alla nota 85.

82. C. Cass. s.u. 30 ottobre 2001 n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1565, con nota di V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro.* Il principio di vicinanza della prova, in termini di responsabilità professionale del medico, ha spostato sensibilmente l'onere probatorio, che ricade sul soggetto (*id est* il medico) che, in forza della propria particolare condizione professionale, ha più facile accesso agli elementi di prova ed ha dunque un'effettiva possibilità di offrirla. Così C. Cass. S.U. 11 gennaio 2008 n. 577, in *Giust. Civ.*, 2009, 11, 2532; C. Cass. 9 novembre 2006 n. 23918, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, 284, con nota di P. Cendon; L. Delli Priscoli, *Diligenza, perizia e onere della prova*, in *Diritto e formazione*, 2010, p. 376 e ss., in particolare 382-384.

83. P. Ruggieri, *Così la richiesta iniziale vincola le prove*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, dossier, 2000, 9, p. 48; D. Cerri, *L'argomentazione nella prova civile: comportamento e dialogo in aula*, in *Diritto & form*azione, 2004, 12, p. 1761; *id.*, *Nuova formazione: riflessioni teoriche ed applicazioni pratiche. Prove civili, argomentazione e prospettive di riforma*, *in Diritto e formazione*, 2008, p. 619.

controparte, anche per individuare le effettive circostanze oggetto di contestazione[84]. Altri, invece, preferiscono seguire il modello della concentrazione già proprio del rito del lavoro ed esporre le istanze istruttorie sin dagli atti introduttivi, per sfruttare i successivi termini solo per i necessari adattamenti dovuti alle difese avversarie[85]. Io propendo per la seconda tesi, anche per evitare sciagurati errori dovuti al mancato rispetto dei successivi termini, che hanno carattere perentorio[86]. Non ritengo corretto, comunque, nascondere all'avversario tutte le evidenze probatorie al solo fine di rendere più difficile la replica: è il caso piuttosto frequente di quei difensori che deducono le prove e depositano centinaia di documenti all'ultimo termine utile, ovverosia con la memoria *ex* art. 183 6° comma n. 2 c.p.c., o addirittura con la successiva memoria per la prova contraria, arrivando al punto di articolare surrettiziamente altri mezzi di prova orale con il pretesto di voler proporre prove contrarie.

Va subito rilevato che certi mezzi di prova, come il giuramento (decisorio o suppletorio) o le ispezioni, appaiono nella prassi forense desueti[87]. L'avvocato deve privilegiare, laddove sia nelle condizioni di farlo, la possibilità di sostenere le proprie tesi offrendo prove documentali[88]. L'atto pubblico e la scrittura privata riconosciuta hanno efficacia probatoria fino a querela di falso e non è ammessa la prova per testimoni se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento la cui stipulazione sia anteriore o contemporanea alla stesura dello scritto. La prevalenza probatoria del documento sulle prove costituende deriva dal sistema dei limiti di cui agli artt. 2721 e ss. c.c., oltre che dalla necessità di dover provare per iscritto determinate circostanze, *ad probationem* o addirittura *ad substantiam*[89]. Si pensi

---

84. P. Ruggieri, *Così la richiesta iniziale vincola le prove*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., p. 46.

85. F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, in *Rassegna forense*, 2006, p. 593: P. Biavati, *Le strategie della difesa nel processo civile*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 784.

86. S. Borsacchi, *La funzione dell'avvocato nella gestione della prova nel processo civile*, in L'avvocato e il processo. Le tecniche nella difesa, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p. 412.

87. S. Borsacchi, *La funzione dell'avvocato nella gestione della prova nel processo civile*, cit., *ibidem*.

88. P. Ruggieri, *Giudizio di verità, giudizio di probabilità e lealtà nel processo civile*, in *Processo e verità*, a cura di A. Mariani Marini, Pisa, 2005, p. 81; *id.*, *Così la richiesta iniziale vincola le prove*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., p. 48; F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, cit., p. 588.

89. Nel primo caso la forma scritta è necessaria per dare la prova di una determinata circostanza; nel secondo, invece, la forma scritta è richiesta a pena di nullità dell'atto, come nel caso di cui all'art. 1350 c.c.; per una puntuale distinzione, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, II, p. 216.

al caso della necessità di provare una transazione (art. 1967 c.c.) o un intervenuto pagamento di un debito (art. 2726 c.c.) o l'atto di compravendita di un immobile (art. 1350 c.c.). Il problema centrale della strategia probatoria sta senz'altro nella richiesta e nell'assunzione delle prove orali, ovverosia le prove testimoniali e l'interrogatorio formale delle parti. La capitolazione dei fatti oggetto della prova testimoniale deve rispettare l'etica dell'essenzialità: sintesi, chiarezza e semplicità[90]. Bisogna imparare a capitolare le prove ponendosi il problema dell'ammissibilità e della rilevanza delle deduzioni. I capitoli di prova devono essere brevi e facilmente comprensibili, in modo da indurre risposte altrettanto semplici e sintetiche. La formula preferibile è quella della domanda chiusa che porti il teste all'affermazione o alla negazione del fatto[91]. Devono essere evitate le domande narrative, che portano il teste a dare risposte vaghe o a proporre digressioni; ugualmente vanno scartati i quesiti valutativi e generici. Parimenti del tutto inopportuna appare la tecnica della richiesta di ammissione della prova orale rinviando a quanto prospettato nella narrativa dell'atto, con la precisazione di far precedere i singoli incisi dalla parola "vero che": si tratta di una modalità di deduzione delle prove non solo scorretta, perché l'esposizione dei fatti comprende normalmente circostanze che non sono abbisognevoli di prova, ma anche contraria al principio di economia e di concentrazione del processo, perché porta all'inevitabile formulazione di capitoli narrativi, irrilevanti e del tutto inutili[92]. Come è stato giustamente detto, "*una cosa è narrare le circostanze rilevanti della causa, altra è capitolare i mezzi di prova orale*"[93], perché l'esposizione dei fatti costitutivi delle proprie pretese deve essere già un primo strumento argomentativo che deve orientare il giudice ad una precomprensione della vicenda in termini favorevoli alle tesi difensive sostenute nella causa. Purtroppo nella pratica l'esigenza di sintesi e chiarezza è del tutto disattesa e si rinvengono memorie istruttorie contenenti svariate decine di capitoli di prova orale del tutto inutili, con il duplice rischio che il giudice,

---

90. F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, cit., p. 593.

91. P. Ruggieri, *Così la richiesta iniziale vincola le prove*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., p. 48.

92. F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, cit., p. 594.

93. D. Cerri, *Nuova formazione: riflessioni teoriche ed applicazioni pratiche. Prove civili, argomentazione e prospettive di riforma*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 620. L'A. giustamente sottolinea che la precomprensione della causa si riflette nella prassi molto nota nei tribunali che tendono a decidere prima e a motivare poi. Questa prassi poi, che può essere anche interpretata come malcostume giudiziario, in realtà ha degli evidenti agganci normativi, quando è consentito al giudice di emettere immediatamente il dispositivo della sentenza, facendo seguire la motivazione a distanza di tempo; penso ad esempio agli artt. 429, 430, 437 e 438 c.p.c.

non avendo il tempo di esaminare atti così prolissi, giunga ad escludere tutte le istanze, oppure, all'opposto, ad ammetterle tutte, aggravando i tempi di trattazione della causa oltre ogni "ragionevole" limite. La deduzione dei capitoli di prova deve essere accompagnata, quando occorra, da una sintetica esposizione dei motivi per cui le circostanze da provare appaiano rilevanti ai fini del *thema decidendum*. L'indicazione dei testimoni, poi, non deve essere generica, ma deve essere precisa, di modo che non si corra il rischio di sentire il testimone su circostanze di cui non ha alcuna conoscenza, con altra inutile perdita di tempo per l'intero processo. La fase di preparazione dell'udienza testimoniale è quanto mai delicata. Da una parte vi è un autorevole orientamento secondo cui, visto l'art. 52 cod. deont. for. che vieta all'avvocato di intrattenersi con il testimone al fine di ottenere con forzature e suggestioni deposizioni compiacenti, è inopportuno sentire il teste prima dell'udienza[94]. Dall'altra parte, un'ulteriore corrente di pensiero ritiene che sia "*indispensabile parlare con i possibili testimoni*"[95] per prepararli alla prova testimoniale, senza ovviamente scadere nella subornazione, ma al fine di mettere in condizione il teste di svolgere al meglio il proprio ruolo processuale, chiarendo i suoi diritti e i suoi doveri e aiutandolo "*a mettere ordine nei suoi pensieri*"[96]. Personalmente ritengo che, visti i tempi della giustizia civile, in base ai quali le deposizioni testimoniali si assumono a distanza di vari anni dall'accadimento dei fatti, non sia sbagliato sentire i testimoni prima del processo, ma non certo per condizionarli o suggestionarli, ma al solo fine di metterli nelle condizioni di potersi documentare sui fatti su cui dovranno deporre, rappresentando le condizioni in cui verrà assunta la testimonianza, per rendere più agevole e meno ansioso lo svolgimento dell'incombente processuale[97].

Nel momento dell'assunzione della prova vi è la fase della verifica della capacità e dell'attendibilità del teste. Si tratta di un aspetto che viene spesso tralasciato, sia da parte dei difensori che del giudice[98]. L'art. 252 c.p.c. consente agli avvocati di fare osservazioni sull'attendibilità dei testimoni e questi devono fornire i necessari chiarimenti. Inoltre, l'art. 246 dispone l'incapacità

---

94. F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, cit., p. 594; S. Borsacchi, *La funzione dell'avvocato nella gestione della prova nel processo civile*, cit., p. 404.

95. L. De Cataldo, *Il contributo della psicologia giuridica nella formulazione e valutazione della prova*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche nella difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p. 429.

96. L. De Cataldo, *Il contributo della psicologia giuridica nella formulazione e valutazione della prova*, cit., *ivi*.

97. Sulla preparazione del testimone in studio, vedasi anche Quintiliano, *Institutio oratoria*, V, 7, 11.

98. F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, cit., pp. 595-596.

a testimoniare di chi abbia un interesse che potrebbe legittimare la sua partecipazione al processo. Questo limite alla capacità di testimoniare è in realtà interpretato in maniera molto ristretta, intendendosi che soltanto il diretto coinvolgimento della persona chiamata a deporre, tale da legittimare una sua assunzione della qualità di parte sostanziale o processuale nel giudizio, possa comportare l'incapacità, mentre l'interesse indiretto, anche se in qualche modo connesso con le vicende di causa, non preclude l'assunzione del teste[99], pur potendo rilevare ai fini dell'attendibilità. Così possono testimoniare i soci delle società di capitali parti del processo o gli amministratori che non agiscano come rappresentanti della persona giuridica nel processo[100]. Il teste è interrogato dal giudice che dispone la verbalizzazione, quasi sempre a carico di uno degli avvocati nonostante il chiaro disposto di cui all'art. 130 c.p.c., secondo la propria interpretazione, essendo consentito alle parti solo proporre istanze per chiarire i fatti oggetto della deposizione, non potendo interrogare direttamente il testimone, visto l'art. 253 c.p.c.[101]. Durante la deposizione del teste il contegno preferibile da assumere da parte del difensore è quello della sobrietà e della pacatezza[102], predisponendosi delle domande molto sintetiche da rivolgere al giudice per cercare di svolgere al meglio quel potere di verifica dell'attendibilità dei testi e di richiesta di chiarimenti consentito dalla legge[103]. Una regola da osservare è quella di non riproporre a un teste domande su cir-

---

99. C. Cass. sez. lav. 21 agosto 2004 n. 16529, in *Giust. Civ., Mass*., 2004, 7-8; C. Cass. 30 agosto 2004 n. 17384, *ivi*; D. Cerri, *Nuova formazione: riflessioni teoriche ed applicazioni pratiche. Prove civili, argomentazione e prospettive di riforma*, in Diritto e formazione, 2008, p. 622.

100. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, II, p. 284; L. Trogni, in *Comm. breve al c.p.c.*, a cura di F. Carpi e M. Taruffo, Padova, 2009, p. 836.

101. Questo dovrebbe avvenire in teoria. Ma il carico di lavoro degli uffici e il malcostume giudiziario porta a volte a situazioni avvilenti; così capita, per fortuna raramente, che gli avvocati debbano raccogliere le deposizioni dei testi nei corridoi dei tribunali in mezzo alla calca, essendo al più riservato al giudice il solo momento della sottoscrizione del verbale.

102. D. Cerri, *L'argomentazione nella prova civile: comportamento e dialogo in aula*, in *Diritto & formazione*, 2004, 12, p. 1763. Se questa è la regola, l'A. sottolinea che in alcune circostanze non bisogna esitare ad utilizzare l'*argumentum ad baculum*, per irritare confondere un teste ben "ammaestrato" dalla controparte. In questo senso vedasi anche A. Schopenhauer, *L'arte di ottenere ragione*, Milano, 1991, p. 38. In questi casi è utile sorprendere il teste, che evidentemente sta recitando un copione a memoria, citando date, giorni e minuti con impressionante precisione, ponendogli una domanda di estrema semplicità: "Giudice, può chiedere al teste di che anno sta parlando?" A volte, il teste troppo ben "preparato", appena uscito dal seminato, va in confusione, pregiudicando tutta l'efficacia della propria deposizione.

103. P. Ruggieri, *Così la richiesta iniziale vincola le prove*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., p. 48; la predisposizione delle domande dovrebbe essere fatta in studio con una scaletta breve ed incisiva; così P. Biavati, *Le strategie della difesa nel processo civile*, in *Diritto e formazione*, 2008, p. 785.

costanze su cui si sia già raggiunta una prova positiva in relazione a precedenti deposizioni, per non sfidare la sorte, come è stato detto[104]. Nella conduzione dell'udienza è opportuno avere la conoscenza almeno elementare dei principi di psicologia forense sul modo di porre le domande e sulle caratteristiche personali che possono incidere sulle risposte da parte dei testi, che riportano spesso circostanze accadute molti anni prima[105]. Il teste è condizionato sia dalla personale percezione del fatto, che può mutare a seconda dell'età, della cultura e della propria sensibilità sociale, sia dal lungo tempo trascorso dal momento dell'accadimento della circostanza, sia dall'esposizione dell'evento, che dipende dalla capacità di linguaggio soggettiva e dallo stato di tensione che viene determinato dall'ambiente giudiziale[106]. Vi sono dei dubbi sull'opportunità che la parte assistita partecipi all'udienza di assunzione delle prove testimoniali; si ritiene che questa presenza, permessa dall'art. 206 c.p.c. senza alcuna possibilità di intervento diretto, pur "*fastidiosa e ingombrante*", sia essenziale, oltre che nella fase preparatoria e deduttiva dei mezzi istruttori, anche al momento dell'assunzione, garantendo al difensore la necessaria collaborazione per la verifica contestuale delle dichiarazioni del teste[107]. Tuttavia è stato osservato che il contegno della parte in udienza può essere rilevante ai fini del formarsi del convincimento del giudice, visto l'art. 116 c.p.c.[108], per cui credo che questa partecipazione all'udienza vada valutata caso per caso, escludendo a priori la partecipazione delle parti eccessivamente emotive che possono risultare incontrollabili nel corso dello svolgimento dell'udienza. Questo è il sistema tradizionale di assunzione della prova testimoniale civile. È bene però ricordare che la legge n. 69 del 2009 ha introdotto l'art. 257 *bis* c.p.c. che consente l'acquisizione della testimonianza scritta nel processo, riprendendo quanto era già stato previsto dall'art. 816 *ter* c.p.c.[109] per

---

104. P. Ruggieri, *Così la richiesta iniziale vincola le prove*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., *ivi*.

105. G. Gulotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico civile, penale, minorile*, Milano, 2009, p. 119 e ss.; L. De Cataldo, *Il contributo della psicologia giuridica nella formulazione e valutazione della prova*, cit., p. 429.

106. P. Ruggieri, *Giudizio di verità, giudizio di probabilità e lealtà nel processo civile*, in *Processo e verità*, a cura di A. Mariani Marini, Pisa, 2005, pp. 83 e 84. Sui fattori di distorsione che possono incidere sulla testimonianza: L. De Cataldo, *Il contributo della psicologia giuridica nella formulazione e valutazione della prova*, cit., p. 421 e ss.

107. S. Borsacchi, *La funzione dell'avvocato nella gestione della prova nel processo civile*, cit., p. 414.

108. D. Cerri, *L'argomentazione nella prova civile: comportamento e dialogo in aula*, cit., p. 1763.

109. Nel processo arbitrale la novità era stata introdotta con la legge n. 25/1994 che aveva portato alla formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c., poi rinumerato come 816 *ter* in seguito alla modifica intervenuta con il d. lgs. n. 40/2006.

il processo arbitrale. Il modello è quello degli *affidavit* dei sistemi di common law e delle *attestations* del diritto francese[110]. Non mi sembra che ci sia una sufficiente casistica, neanche in relazione al giudizio arbitrale, in ordine all'effettivo funzionamento di questo nuovo strumento processuale, che pure gode di importanti esperienze straniere, per poter trarre delle conclusioni circa l'effettiva utilità della testimonianza scritta resa al di fuori dell'udienza. Di sicuro il difensore deve spostare la propria attenzione dall'attività di controllo e verifica nel processo a quella di raccolta della deposizione attraverso l'apposito modello che è tenuto a compilare in conformità agli articoli ammessi dal giudice, sollecitando la chiamata del teste avanti al giudice, ove possa servire ai fini del giudizio di incapacità o di attendibilità.

Qualche breve considerazione, infine, va fatta per l'interrogatorio formale della parte e la nomina del consulente tecnico d'ufficio.

Quanto è stato riferito per l'esperimento del mezzo di prova testimoniale vale soltanto in parte anche per l'interrogatorio formale[111]; quest'ultimo strumento probatorio tende, ai sensi dell'art. 2730 c.c., a provocare la confessione giudiziale della parte; perciò non è strettamente necessario che i capitoli di prova siano molto semplici, ma possono essere più articolati per consentire eventuali ammissioni della controparte tramite risposte narrative. Viceversa, il difensore della parte che rende l'interrogatorio, ferma restando la necessità di far comparire l'assistito a pena di ammissione dei fatti dedotti[112], proprio perché lo strumento tende a far avere rilevanza soltanto ai fatti sfavorevoli, deve suggerire un contegno molto generico, portando prevalentemente alla negazione o alla elusione dei fatti contestati, pur tenendo ben presente il dovere di lealtà e probità che discende dall'art. 88 c.p.c.: negare fatti ormai pacifici, perché oggetto di altre prove documentali o testimoniali già assunte, non solo non ha alcun senso, ma viola il dovere di lealtà e può portare il giudice a dedurre argomenti di prova a' sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c.

Diverse considerazioni valgono per la consulenza tecnica[113], che è uno strumento probatorio ausiliario di cui si fa larga applicazione, risultando determinante in moltissime cause, soprattutto quando si discuta di responsabi-

---

110. D. Cerri, *Nuova formazione: riflessioni teoriche ed applicazioni pratiche. Prove civili, argomentazione e prospettive di riforma*, cit., p. 618; F. Carpi, *La prova testimoniale nel processo civile*, cit., p. 585.

111. P. Ruggieri, *Così la richiesta iniziale vincola le prove*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., p. 50.

112. P. Ruggieri, *Giudizio di verità, giudizio di probabilità e lealtà nel processo civile*, in *Processo e verità*, a cura di A. Mariani Marini, cit., p. 82.

113. M. Vellani, *Consulenza tecnica nel dir. proc. civ.*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, p. 584 e ss.; E. Protettì e M.T. Protettì, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1994; G. Di Marco e M. Sichetti, *L'attività del c.t.u. e del perito*, Milano, 2010.

lità professionale o di difetti di opere o di quantificazioni medico-legali dei danni. L'attività del difensore qui viene in rilievo non tanto nel corso delle indagini peritali, quando la parte è assistita da un consulente tecnico che deve far valere la propria autorevolezza e la propria capacità di mediazione, ma nella fase di conferimento dell'incarico e della formulazione del quesito[114]. È opportuno che già nella richiesta di nomina di c.t.u. venga indicato il quesito da sottoporre al tecnico, e comunque nell'udienza di conferimento dell'incarico bisogna avere bene a mente sia la bozza del quesito, sia le ragioni per cui il quesito deve avere quelle determinate caratteristiche.

Questo breve *excursus* non ha ovviamente alcuna pretesa di esaustività sulle problematiche a volte assai complesse che investono l'istruttoria della causa civile, ma costituisce una sintesi di quelle che sono le questioni più ricorrenti che si rinvengono a livello pratico-applicativo.

4. L'impostazione degli atti difensivi

Questo studio si conclude con qualche breve considerazione sulla stesura degli atti difensivi nella causa civile, nel giudizio ordinario di primo grado, rimandando per maggiori approfondimenti sulle tecniche di scrittura forense ad altre opere[115].

---

114. S. Borsacchi, *La funzione dell'avvocato nella gestione della prova nel processo civile*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche nella difes*a, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, Milano, 2003, p. 414.

115. A. Mariani Marini, *Strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo*, in *Rassegna forense*, 2001, pp. 821 e ss., in *Diritto & Formazione*, 2002, p. 925 e ss. e in *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, cit., p. 111 e ss.; *id.*, *Appunti per un parere. La consulenza difficile del giovane avvocato*, in *Diritto e formazione*, 2007, 3, p. 449 e ss.; *id.*, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli. Cultura ed etica dell'avvocato*, Napoli, 2009; *id.*, *Se l'avvocato scrive al giudice: l'atto difensivo nella tipologia dei testi*, in *L'avvocato e il processo. Tecniche della difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, op. cit., p. 131 e ss.; D. Poto, *Note sparse sul parere legale*, in *Diritto e formazione*, 2008, 8, p. 899 e ss.; U. Vincenti – A. Mariani Marini- F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, op. cit.; U. Vincenti, *La metodologia giuridica nella formazione dell'avvocato*, in *Diritto e formazione*, 2008, 6, p. 918 e ss.; *id.*, *Suggerimenti per scrivere un ragionamento giuridico*, in *Diritto e formazione*, 2007, 2, p. 283 e ss.; P. Moro (a cura di) *Metodologia della scrittura forense*, op. cit.; *id.*, *Didattica forense. La formazione retorica dell'avvocato*, op. cit.; F. Macario, *Metodologia e tecniche argomentative nell'elaborazione di scritti difensivi*, in *L'argomentazione e il metodo nella difesa*, a cura di A. Mariani Marini e F. Procchi, Pisa, 2004, p. 51 e ss.; *id.*, *Appunti sulla redazione di elaborati scritti in materia giuridica*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di A. Mariani Marini e M. Paganelli, cit., p. 111 e ss.; A. Gentili, *La tecnica dell'argomentazione*, in *Diritto e formazione*, 2009, 1, p. 111 e ss.; P. Doria, *L'esperienza metodologica dei gruppi di studio per l'apprendimento delle tecniche di comunicazione scritta nella scuola di formazione degli avvocati*, in *Diritto e formazione*, 2010, p. 660 e ss.

Va subito precisato, quando si tratta dell'argomentazione giuridica, che non esiste alcuna formula per assicurare la vittoria nel processo, perché non è possibile l'individuazione di un percorso logico-concettuale in grado di garantire prevedibilmente una decisione[116]. Le regole della tecnica dell'argomentazione sono di metodo e non garantiscono la vittoria nel giudizio, ma impediscono gli errori.

La prima regola dell'argomentare giuridico, che deve essere ben presente sin dall'inizio della causa, è di origine antica: *rem tene, verba sequentur*[117]. Lo studio continuo del fascicolo è essenziale per sviluppare correttamente e compiutamente gli atti difensivi.

Fatta questa premessa, si intende conclusivamente fare una sintesi di quanto già rappresentato in tema di richiesta e di argomentazione delle istanze probatorie, in relazione alla necessità di redigere gli opportuni scritti difensivi. Si è già detto che le richieste istruttorie debbono essere proposte e argomentate negli atti introduttivi del giudizio e possono essere integrate (nel giudizio ordinario) nei successivi termini consentiti dal sesto comma dell'art. 183 c.p.c.

È buona norma che questa integrazione non sia una semplice aggiunta a quanto già esposto nelle difese iniziali: deve trattarsi di una perfetta ricapitolazione che stralci le richieste non più necessarie in seguito alle difese e alle ammissioni svolte dalla controparte; il giudice deve essere messo nella condizione di non dover ricercare le istanze e le argomentazioni probatorie in vari atti del fascicolo dell'avvocato, che deve rispettare il criterio del massimo ordine, come autentica espressione del dovere di probità[118]. Ugualmente le memorie istruttorie debbono contenere unicamente le istanze di ammissione dei mezzi di prova e le argomentazioni strettamente necessarie ai fini dell'accoglimento, essendo assolutamente sconsigliato proporre altre deduzioni difensive, perché ripetitive di tesi già riportate nell'atto introduttivo o nella comparsa di risposta, oppure anticipatorie delle difese che debbono essere riservate agli atti finali. Queste inutili argomentazioni difensive non solo sono controproducenti ai fini delle tesi sostenute, perché anticipano le comparse conclusionali, ma "*appesantiscono inutilmente il lavoro del giudice e costringono l'avversario a replicare, aumentando lo spessore del fascicolo*"[119]. Altra buona regola di condotta è quella di riportare le richieste istruttorie dopo le

116. A. Gentili, *La tecnica dell'argomentazione*, in *Diritto e formazione*, 2009, p. 111; U. Vincenti, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. Vincenti – A. Mariani Marini – F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004, p. 46.

117. U. Vincenti, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, cit., p. 42.

118. P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 41.

119. P. Biavati, *Le strategia della difesa nel processo civile*, cit., p. 783.

conclusioni: questo facilita il compito del giudice ai fini del giudizio di rilevanza, perché vengono subito individuati il *thema decidendum* e il *thema probandum.* Quindi, se questa regola vale essenzialmente per gli atti iniziali, mantiene la propria validità anche per le memorie di cui al sesto comma dell'art. 183 c.p.c., che debbono ricapitolare le conclusioni opportunamente precisate (n. 1) e le richieste istruttorie (n. 2), salva ovviamente l'abilitazione alla prova contraria (n. 3); questa strategia facilita moltissimo l'attività dell'avvocato in sede di precisazione delle conclusioni, consentendogli un facile richiamo a quanto già puntualmente rappresentato nel processo (salva la necessità sempre più in voga di raccogliere le conclusioni in un apposito foglio da inviare al giudice per posta elettronica), senza correre il rischio di dimenticarsi di rinnovare puntualmente le istanze istruttorie, qualora non siano state in tutto o in parte accolte, anche ai fini di un eventuale appello.

Rimane la questione dell'argomentazione difensiva a fini probatori da svolgere negli atti finali, ovverosia le comparse conclusionali e le memorie di replica. Qui il problema si pone in particolare in tutte quelle situazioni in cui le tesi delle parti non sono rimaste totalmente sfornite di supporto probatorio, ma vi sono ampi margini di zone grigie, quando ad esempio vi sono deposizioni contrastanti tra i testi, o documenti di ambigua interpretazione. Se l'esito dell'istruttoria è univoco, conviene alla parte in difficoltà proporre un percorso conciliativo per tentare quanto meno di alleviare i rigori delle spese processuali.

Credo che sia una regola aurea quella di riportare nella comparsa conclusionale[120] le proprie argomentazioni difensive in maniera organica ma sintetica, senza necessità che il giudice debba esaminarsi altri atti della causa[121]. La difesa finale rappresenta la sintesi delle risultanze istruttorie; in particolare, dopo la narrazione dei fatti adeguatamente aggiornata in base agli esiti dell'istruzione, deve essere proposta, nella parte più propriamente argomentativa, la disamina dell'istruttoria processuale, prima della trattazione delle questioni di diritto.

Infatti, come è già stato anticipato, l'istruttoria attiene alla *quaestio facti*, ovverosia al giudizio del giudice sul fatto che costituisce la premessa mi-

---

120. A. Mariani Marini, *Strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo*, in *Rassegna forense*, cit., p. 822: "*L'atto difensivo per antonomasia è tuttavia quello che comprende tutti gli elementi per la trattazione della causa: la esposizione del fatto, la valutazione delle prove, l'argomentazione giuridica a sostegno della tesi e la confutazione delle tesi contrapposte, la conclusione. Atti di questo tipo sono principalmente la comparsa conclusionale e il ricorso per cassazione nel processo civile….*".

121. E. Sacchettini, *Ricorsi "stringati" per non favorire l'avversario*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, dossier, 2000, 9, 43.

nore del ragionamento sillogistico. Sono ben note le divergenze di pensiero in materia di teoria argomentativa o dimostrativa della prova. Se alcuni ritengono che il ragionamento probatorio del giudice rientri nel campo delle argomentazioni retorico-persuasive con implicanze anche psicologiche, prive di una funzione dimostrativa[122], altri hanno sostenuto che i modelli di argomentazione probatoria non corrispondono a semplici schemi sillogistici, ma neppure equivalgono ad argomentazioni retorico-persuasive[123]. Appare preferibile la tesi che[124] ritiene che il procedimento decisionale anche probatorio del giudice non abbia carattere esclusivamente ricognitivo, ma sia necessariamente valutativo in relazione all'accertamento e alla qualificazione dei fatti.

Pertanto rimane assolutamente pregnante la componente argomentativa dell'avvocato anche nella valutazione dei fatti oggetto dell'istruzione probatoria[125], perché il meccanismo argomentativo è il medesimo[126] sia per il difensore che per il giudice, pur nell'ambito delle rispettive funzioni: si tratta di individuare e argomentare una soluzione in ordine all'interpretazione di un fatto filtrata ma anche vincolata dalle risultanze probatorie[127].

In sintesi, l'avvocato deve dimostrare, rispettando il modello retorico applicato all'atto difensivo, che la narrazione dei fatti costitutivi delle pretese del proprio assistito è stata confermata dall'istruttoria, confutando le contestazioni avversarie. Inoltre, deve sostenere che i fatti rientrano nella previsione normativa prospettata con la *causa petendi*. Infine, deve dare l'indicazione[128] che la regola applicabile al caso concreto, secondo il sistema della

---

122. C. Perelman, *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, Parma, 1979; C. Perelman – L. Olbrechts Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1989.

123. M. Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 553.

124. A. Gentili, *Retorica e teorie della prova nel processo civile*, cit., p. 129.

125. A. Mariani Marini, *Scienza giuridica e argomentazione forense*, in *Diritto e formazione*, 2010, p. 143.

126. P. Ruggieri, *Le tre mosse della difesa per "dare scacco"*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., p. 53.

127. A. Mariani Marini, *La motivazione della sentenza tra argomentazione dell'avvocato e argomentazione del giudice*, in *Diritto e formazione*, 2010, p. 825 e ss.

128. P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 6 e 41. È ben noto che è conveniente suggerire al giudice gli argomenti per la soluzione della causa, facendogli credere di averli trovati da sé; del resto, rientra tra le massime d'esperienza della psicologia che si tende a simpatizzare per la parte che appare più debole, per cui non è mai conveniente tentare di prevaricare in maniera macroscopica sull'avversario.

sussunzione, porti alla conclusione logica dell'accoglimento della domanda proposta[129].

Un'ultima raccomandazione va fatta per la chiarezza e la sobrietà degli scritti difensivi. Si tratta di un principio su cui tutti si dicono d'accordo[130], ma che nella pratica viene frequentemente disatteso. E così si assiste ad atti inutilmente prolissi, involuti, contorti, verbosi, con frequenti cadute di stile sia in termini di inutile offensività[131], in spregio all'art. 88 c.p.c., sia in termini di pacchiani errori di diritto. E così si diffonde lo stereotipo "*dell'avvocato civilista, sedentario e grafomane, che chino sulla scrivania dilaga nello scrivere comparse che nessun giudice avrà la forza di leggere fino in fondo*"[132].

Il legislatore europeo è già intervenuto per porre un freno a questo malcostume, imponendo all'art. 125 *bis* del regolamento di procedura (G.U. C.E. 8/12/2004 L. 361/15) una lunghezza massima di dieci o quindici pagine per l'atto introduttivo e cinque o dieci pagine per la comparsa di risposta e le successive repliche. Ugualmente il codice del processo amministrativo[133] (art. 3 comma 2°) ha imposto il dovere di sinteticità e chiarezza degli atti difensivi. La stessa corte di cassazione ha ritenuto inammissibile un ricorso confezionato mediante la tecnica della spillatura degli atti precedenti arrivando a raggiungere la lunghezza di 81 pagine, in spregio al principio di sintesi sancito dal n. 3 dell'art. 366 c.p.c. (sommaria esposizione dei fatti di causa) e in aperta violazione dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, "*rendendo particolarmente indaginosa l'individuazione della materia del contendere*"[134].

---

129. P. Ruggieri, *Le tre mosse della difesa per "dare scacco"*, in *Guida al diritto, Le tecniche difensive dell'avvocato*, cit., pp. 53-54.

130. U. Vincenti, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. Vincenti – A. Mariani Marini – F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, cit., p. 55; P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 80 e 102; P. Biavati, *Le strategie della difesa nel processo civile*, cit., p.785; A. Mariani Marini, *Strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo*, cit., p. 825; Quintiliano, *Institutio oratoria*, II, 31; Cicerone, *L'oratore*, II, 19, 80.

131. Quintiliano, *Institutio oratoria*, IX, 11. Parlar male dell'avversario è controproducente e contrario agli interessi della causa.

132. A. Mariani Marini, *Il libro e la ruota*, in *Gli oratori del giorno*, 2010, p. 10.

133. R. Chieppa, *Il nuovo processo amministrativo dopo l'entrata in vigore del Codice*, speciale di *Diritto e formazione*, 2010, 3.

134. C. Cassazione s.u. 17 luglio 2009 n. 16628, in *Giur. It.*, 2010, p. 1133 e ss., con nota di C. Bechis; l'applicazione di analoghi principi, ulteriormente rafforzati dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Cost., ha portato a sancire anche il divieto del frazionamento giudiziale del credito. Così C. Cass. S.U. 15 novembre 2007 n. 23726 in *Giur. It.*, 2008, p. 929, con nota di A. Ronco, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; C. Cass. 20 novembre 2009 n. 24539, in *Giur. It.*, 2010, p. 1875 con nota di A. Ronco,

Perciò la sobrietà della difesa nel proliferare delle cause, di fronte ad una macchina giudiziaria sempre più impacciata e impotente, appare non soltanto una questione di stile, ma una vera e propria necessità per rendere più efficaci le argomentazioni del difensore[135] nel difficile contesto del processo civile del XXI secolo.

---

e in *Giur. It.*, 2010, p. 2047, con nota di V. Bachelet, *La domanda parcellizzata: i devastanti riflessi sul sistema*.

135. P. Biavati, *La difesa sobria (ovvero l'avvocato nell'era della ragionevole durata)*, in *Diritto e formazione*, 2011, p. 438 e ss.