



Associazione italiana
fra gli studiosi del processo civile



XXIX Conferenza dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore"
sui rapporti tra diritto ed economia

LA TRASPARENZA NEL PROCESSO CIVILE

Milano, 5 febbraio 2015

Aula Magna "Emilio Alessandrini-Guido Galliö"
Palazzo di Giustizia
Corso di Porta Vittoria

Forme di trasparenza e *Fair Trial*

ANGELO DONDI

ordinario di diritto processuale civile, Università degli Studi di Genova



**fondazione
c a r i p l o**

Forme di trasparenza e *fair trial*

Sommario: 1) Multilateralità della nozione nell'ottica della complessità - Prospettiva (inevitabilmente) comparatistica; 2) Esempio statunitense nelle *Federal Rules* 11 e 8; 3) Trasparenza processuale come essenziale regola del gioco: riscontri in fase di *discovery* e nella prospettiva di *confidentiality* e di *legal ethics*.

1. Nel momento presente, sembra di poter dire che la nozione di trasparenza trova molto probabilmente fuori di sé la sua principale ragione d'essere, oltre che il più rilevante elemento configurante la nozione come epitome di chiarezza e semplificazione. Si può fare corrispondere tale elemento -del resto molto prevedibilmente, vista la sua vastissima ricorrenza odierna a pressoché ogni livello- alla nozione di complessità¹. Invero, parlare oggi di trasparenza costituisce l'assunzione di una prospettiva resa concretamente non agevole dall'ormai diffusa consapevolezza della complicazione della realtà circostante².

L'assunzione di una prospettiva della trasparenza è al contempo e per converso anche stimolata da tale consapevolezza, all'interno della quale inevitabilmente anche la nozione di trasparenza deve appunto essere calata. Ancorché molto arduo, ciò sembra particolarmente doveroso ove si riferisca tale nozione al contesto processuale. Pure in quest'ambito, l'incidenza del dato della complessità inizia invero a essere percepito come del tutto immanente; e ciò, pur molto timidamente, anche da parte della nostra cultura giuridica³.

A rischio di palesare un ormai inestirpabile provincialismo esterofilo, si deve anche aggiungere che la manifestazione compiuta di un tale fenomeno da noi sconta almeno qualche decennio di ritardo rispetto ad altre culture giuridiche e del processo⁴. Si tratta di uno scarto sul quale si fonderà gran parte di questo mio minimo intervento, in

¹

² Morin

³ Dondi altri...

⁴ Manual of Complex Litigation

effetti essenzialmente mirato a evidenziare come proprio la elaborazione di una nozione di complessità processuale abbia incisivamente contribuito a dare senso concreto anche a una nozione di trasparenza processuale. Si tratta di una circostanza che sembra trovare speciale riscontro in ambito processualcivilistico. E ciò in quanto, in sé, la esigenza di *transparency* risulta evidenziata per contrasto dalla complicazione di questo contesto processuale, in particolare dalla complessità di specifiche categorie di controversie⁵.

Come è stato autorevolmente rilevato nella letteratura giuridica statunitense, «*transparency is much in vogue nowadays*»⁶. Il che sembra potersi affermare a vari livelli e secondo varie angolature con riguardo all'esigenza di opporsi alle molteplici forme di *secrecy in litigation*. Solo per fornire qualche indicazione di massima, si potrebbe sostenere che ciò accade tanto sul versante delle comunicazioni relative al processo fra i suoi soggetti tecnici (avvocati di parte e giudice) quanto della *privacy* (in termini di segretezza delle informazioni fra avvocato e cliente) quanto, infine e per semplificare molto, sul versante di quell'atteggiamento di collaborazione in chiave etico-professionale che nel mondo statunitense è generalmente qualificato come *candor* e richiesto all'avvocato di parte principalmente nei confronti della *court*⁷.

Ciò posto, resta comunque la questione della configurazione della nozione di *transparency* nella prospettiva per così dire della sua direzionalità; se cioè essa si rivolga all'esterno (diventando un problema di *public interest*) o all'interno del processo (configurandosi come una questione sia di *fair play* processuale sia di efficienza processuale). Nelle pagine che seguono sarà evidente come *ex professo* la scelta qui adottata è quella endoprocessuale; e ciò più che altro per ragioni di maggiore frequentazione di chi scrive di quest'ottica che non per un'esclusione teorica dell'altra⁸.

5

⁶ R. Marcus, *Recognizing (at last) that the Federal Rules do not declare that Discovery is presumptively Public*, in 81 *Chi-Kent L. Rev.*, 2006, 335.

⁷ Hazard, Dondi, *Legal Ethics. A Comparative Study*, Stanford, 2004, 170 ss. e 234 ss..

⁸ In estrema sintesi con riguardo alla prima possibile accezione prospettata, del carattere «pubblico» della *transparency*, R.E. Cheit, *Tort Litigation, Transparency, and the Public Interest*, in 13 *Roger Williams U.L. Rev.*, 2008, 232 ss., spec. 243 ss.). Con riguardo alla nozione di *fair play* processuale si ritiene per l'Italia doverosa la

In ogni caso, la prospettiva risultante dalla precedente catalogazione configura uno sguardo piuttosto ampio ai problemi del processo civile. In tale accezione, la nozione di *procedural transparency* tende invero a corrispondere a un'esigenza e, contemporaneamente, a un obiettivo tecnico. Si tratta, attraverso appunto la realizzazione di maggiore *transparency*, di pervenire a incrementare gli *standard* di efficienza del processo. E, in definitiva, anche di configurare il processo come un ambito all'interno del quale le conoscenze e le relative informazioni risultino agevoli e doverose; ciò anzitutto nell'interrelazione fra i suoi soggetti tecnici⁹.

Come detto, l'accezione di trasparenza come trasparenza processuale diventa quindi un obiettivo oggi tanto più essenziale perché contrastante con la complicazione di gran parte della pratica processuale¹⁰. A questo riguardo, si è anche preannunciata una netta prevalenza di riferimenti a un ordinamento come quello statunitense, essenzialmente in ragione della scarsa elaborazione di questi temi nel nostro ordinamento. Ciò trova conferma nella loro sostanziale assenza all'interno del recente e quasi vertiginoso susseguirsi di riforme del processo civile in Italia¹¹. E, infatti, solo sporadico il ricorrere della stessa espressione «complesso/complexa» come riferita al processo o alla controversia. Penso ovviamente, in ordine di introduzione o di entrata in vigore, alla recentissima disposizione dell'art. 183-bis c.p.c. concernente il trasferimento di rito dall'ordinario al sommario, a quella dell'art. 81-bis disp. att. c.p.c. in tema di calendario del processo e a quella dell'art. 429 c.p.c. relativo alla motivazione differita della sentenza nel rito del lavoro¹².

Sembra in particolare tuttora mancare nel nostro ordinamento una configurazione del problema della complessità processuale nella prospettiva del suo tendenziale contrasto con essenziali esigenze di trasparenza del processo, nel senso sopra

citazione risalente quanto culturalmente qualificata di Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 30 e Canelutti, *Giuoco e processo*, ivi, 1951, 106.

⁹ R.E. Cheit, *Tort Litigation, Transparency, and the Public Interest*, cit., 232 ss..

¹⁰ S. Burbank, *Problemi di complessità nella attuale pratica civilista statunitense ó Una iattura o una benedizione*, in A. Dondi (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, 43.

¹¹ Costituisce un'eccezione rilevante in proposito la scelta presente nella disciplina dell'art. 2.22 intitolato «Controversie semplici e controversie complesse» all'interno del modello di codice di procedura civile elaborato da Proto Pisani; così, anche per un'illustrazione della filosofia di tale elaborazione normativa, Id., *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, parte V, colonna 1, spec. colonna 31 e 32.

¹² Specificamente, fra pochissimi altri R. Caponi, *Processo civile e nozione di controversia «complessa»: impieghi normativi*, in *Foro. it.*, cit. *supra*, col. 136 ss.

sinteticamente e ancora molto genericamente enunciato. In altre culture giuridiche accade invece di riscontrare una più radicata coscienza dei problemi della complicazione del processo civile e della presenza di specifiche aree di complessità processuale. Il che ha condotto a elaborare idee e discipline segnate dall'intento di abbracciare la complessità al fine essenziale di delimitarla nel segno di forme di doverosa trasparenza¹³.

2. In effetti, il dato che a questo riguardo caratterizza in termini di vero e proprio *American exceptionalism* l'ordinamento statunitense consiste nella collocazione dei problemi di complicazione e di corrispettiva trasparenza all'interno di una discussione risalente e diffusa intorno alla nozione stessa di controversia civile e alla sua forte diversificazione interna¹⁴. Tale fenomeno sembra in particolare trovare la sua vera origine e il suo ambito di più rilevante riferimento nell'individuazione della nozione di *complex litigation* e di quella relativa di *big e complex case*¹⁵. E all'interno di questa catalogazione ampia di controversia complessa che -in particolare ma non solo con riguardo alla sub-categoria degli *antitrust* e *product liability cases* nonché per antonomasia delle *class action*- si colloca l'esigenza di contrastare le difficoltà vere o fittizie nella gestione del processo quando configurantesi come controversia complessa¹⁶. Ed è su questa linea che si rinvergono gli interventi più significativi nella direzione appunto della realizzazione di forme di *transparency*.

¹³ S. Burbank, *Problemi di complessità nella attuale pratica civilista statunitense ó Una iattura o una benedizione*, cit., 57, ove segnatamente si afferma che «la trasparenza è essenziale la gestione effettiva della controversia». Nella letteratura giuridica statunitense, con riguardo ai vari aspetti connessi alla *complex litigation*, anche in termini di *venue*, si veda ad esempio C.R. Borden, E.G. Lee, *Beyond Transfer: Coordination fo Complex Litigation in State and Federal Courts in the Twenty-First Century*, in 31 *Rev. Litig.*, 2012, 997.

¹⁴ O.G. Chase, *American Exceptionalism and Comparative Procedure*, in 50 *American Journal of Comparative Law*, 2002, 277 ss.

¹⁵ Come primi esempi di riferimento a tale circostanza nella dottrina italiana vedi, per un'indicazione risalente, Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori*, Padova, 1985, 190 ss. e 217 ss..

¹⁶ Per una recente enunciazione del problema di fondo dell'inserimento all'interno dei parametri delle Federal Rules of Civil Procedure della attività di gestione di tali tipi di controversie M.R. Baye, J.D. Wright, *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals*, in 54 *J. L. & Econ.*, 2011, 1 ss.; come si dirà la prospettiva della considerazione degli *antitrust cases* come meritevoli di speciale attenzione concerne già le attività introduttive di tali tipi di controversie, in quanto il modello *pleading* può configurarsi come eccessivamente «generalista» per le intrinseche complessità sostanziali e processuali coinvolte, così ad esempio H. Hovenkamp, *The Pleading Problem in Antitrust and Beyond*, in 95 *Iowa L. Rev. Bull.*, 2010, 55 ss..

Si possono segnalare, assumendo per ora una prospettiva strettamente diacronica, alcune trasformazioni del modello originale del processo civile statunitense del tutto emblematiche di questo approccio. A tale riguardo si segnala soprattutto un pacchetto di riforme risalenti alla prima metà degli anni 80 del secolo scorso. E attraverso tali trasformazioni della disciplina del processo civile federale che -anche scontando alcuni eccessi sanzionatori- viene perseguito l'intento di una più agevole e chiara individuabilità e conoscenza delle circostanze alla base della controversia. Così è, in particolare, per la disciplina della *Federal Rule 11* in tema di sottoscrizione da parte dell'avvocato dell'atto introduttivo-*pleading*¹⁷.

Sono numerosi gli interventi di riforma normativa a questo proposito: un primo del 1983, un successivo di circa un decennio dopo e vari altri di dettaglio fino a oggi. A prescindere dai problemi di mitigazione dell'eccessiva *harshness* dei *dramatic changes* del 1983 (che occuperanno sia la riforma del 1993 sia le successive), qui rileva soprattutto l'esigenza di imporre *standard* di inequivocabilità nella descrizione della pretesa come fondata su circostanze di fatto non generiche¹⁸. E ormai ampiamente noto che a tale riguardo il problema di fondo è stato -ed è- quello di contrastare gli abusi del processo e addirittura la sua utilizzazione fin dall'inizio al solo scopo di aggressione nonché di diversione da una *rapid definition of the case*¹⁹.

Invero, a questo riguardo si manifesta anche un'altra questione di particolare rilievo nella prospettiva della trasparenza. E con la riforma della normativa della *Federal Rule 11* che si avvia un processo che condurrà all'imposizione all'avvocato statunitense di una diversa modalità (più specifica riguardo alle circostanze fattuali e anche complessivamente più seria in quanto *well grounded in fact and law*) di

¹⁷ Per una disamina ormai molto risalente di tali questioni Dondi, *Introduzione della causa e strategie della difesa*, I, *Il modello statunitense*, Padova, 1991, 83 ss.; altrettanto risalente ma emblematico dell'approccio statunitense a questo riguardo e anche per una definizione -allora giustificabile- della nozione di *complex litigation* J. Tidmarsh, *Unattainable Justice: The Form of Complex Litigation and the Limits of Judicial Power*, in 60 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1992, 1691-1629.

¹⁸ Sul punto non si possono che fornire indicazioni esemplificative data la massa di produzione scientifica statunitense specie a partire dalla fine degli anni 70 del XX secolo riguardo al tema specifico della *federal rule 11* e a temi correlati; così si vedano i saggi contenuti in un *symposium* dall'evocativo titolo *Happy (?) Birthday Rule 11*, in 37 *Loy. L.A. L. Rev.*, 2004, 516 ss., all'interno del quale anche l'aspetto della configurazione non generica del *pleading* viene dibattuta (spec. P.D. Carrington, A. Wasson, [A Reflection on Rulemaking: The Rule 11 Experience](#), 563).

redazione dell'atto introduttivo²⁰. È solo il caso di rammentare, data l'ampia letteratura anche italiana a tale riguardo, che a partire dagli *amendments* del 1983 la sottoscrizione del *pleading* comporta per l'avvocato un'assunzione di responsabilità che la *Rule 11* trasforma in un dovere di affidabile descrizione dei fondamenti giuridici, fattuali e probatori della pretesa dell'attore e della difesa del convenuto. La previsione è espressamente che pretese e difese *ōare warranted by existing law or by a nonfrivolous argumentō*, come pure che *ōthe factual contentions have evidentiary supportō*²¹. Il tutto *a fortiori* sulla base di una sorta di garanzia coercitivo-sanzionatoria che la stessa norma fornisce prevedendo un apparato davvero *monstre* di sanzioni comminabili direttamente nei confronti dell'avvocato; di tipo pecuniario, direttamente incisive sul risultato della lite *-striking out-* nonché di carattere deontologico, al limite del *disbarment*²².

En passant, è il caso di notare che, evidentemente sulla scia di tale disciplina statunitense, anche in ambito europeo si riscontrano segnali in questa direzione. All'interno delle *Civil Procedure Rules* inglesi si è congegnato un meccanismo fondamentalmente rispondente ad analoghi obiettivi. Invero, la previsione della *PR 22.1(2)* espressamente configura come doverosa l'attestazione da parte dell'avvocato della veridicità del contenuto degli atti indicati (*Statement of Truth*), da ciò facendo anche discendere conseguenze sanzionatorie direttamente nei suoi stessi confronti²³.

Per tradizione, in ambito statunitense la libertà garantita all'avvocato riguardo al modo di redazione della pretesa in quanto mero *notice pleading* risulta virtualmente illimitata. Anche in ragione del permanere di un'accezione molto estensiva del principio di *party presentation*, ciò rappresenta una prospettiva del tutto influente sulla cultura del processo civile²⁴. Nell'ultimo decennio, tuttavia, all'esito di un dibattito con contrapposizioni molto drastiche in dottrina, sembra ormai essersi

²⁰ Dondi, *Introduzione della causa*, cit., 17 ss.; più di recente Id., *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, spec. 446 ss.

²¹

²² Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa. I- Il modello statunitense*, Padova, 1991,

²³ Zuckerman, *Civil Procedure*, Trowbridge, 2003, 226; per il testo della norma citata, Williams, *Civil Procedure Handbook*, Norfolk, 2006, 198 ss.

²⁴ Nella letteratura italiana appaiono ancora del tutto illuminanti a tale proposito le considerazioni presenti in M. Taruffo; di recente v. anche R. Marcus, *America's Evolving Political Theories of Procedure. A Tribute to Rolf Stürmer's Help*, In *Festschrift für Rolf Stürmer zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2013, 1669 ss..

imposta una nuova tendenza intesa a riformulare nel senso di una maggiore fattualizzazione la disciplina generale del *pleading* di cui alla *Rule 8* delle *Federal Rules of Civil Procedure*²⁵. Pare comunque doveroso constatare che al momento la configurazione di tale norma permane quella della versione originaria, e che il percorso di riforma non sarà probabilmente né rapido né privo di turbolenze, dato l'iper-articolato modello di legiferazione federale statunitense nonché le questioni di fondo da esso coinvolte²⁶.

Decisamente cruciali per caratterizzare il modo di essere di un ordinamento processuale, tali questioni in effetti coinvolgono direttamente il problema della *procedural transparency*. Così per quella concernente le implicazioni relative al ruolo attribuito all'avvocato e, soprattutto, al giudice in termini di controllo circa la trasparenza delle attività della fase preparatoria del processo. E analogamente anche per quella riguardante il ruolo e l'efficienza del meccanismo di *discovery* in relazione alle modalità di configurazione degli atti introduttivi.

Che a fronte di atti introduttivi non trasparenti perché sostanzialmente generici risulti quantomeno improbabile uno svolgimento efficiente del *discovery* - temporalmente limitato, effettivo in termini di chiarificazione e delimitazione delle questioni controverse e pertanto gestibile con mano ferma da un giudice *managerial* - è quanto denunciato con forza nella giurisprudenza federale dalla sentenza *Twombly* del 2007 con speciale riguardo a controversie complesse (nella circostanza di carattere *antitrust*, ma anche di *product liability*, di *class* o *derivartive lawsuit*)²⁷. Ed è in quest'ambito, a fronte della genericità degli atti introduttivi, che la giurisprudenza ha in particolare segnalato (posta l'intrinseca articolazione del *complex case* e comunque le difficoltà di pervenire in tali controversie

²⁵ Su tale dibattito e la sua occasione nel contesto del *case law* federale con la sentenza *Bell Atlantic Corporation v. Twombly* (generalmente citata come *Twombly*) del 21 maggio 2007, Dondi, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 529 ss.

²⁶ Dondi, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, cit., 448 ss.; Dalla Bontà, *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 141 ss.

all'individuazione del loro nucleo conflittuale effettivo) i rischi di una scarsa attivazione del giudice in sede di *discovery*²⁸.

3. All'interno della vasta area di soluzioni tecnico-processuali e di relativi problemi corrispondente al meccanismo di *discovery* sono invero numerosi gli aspetti di *transparency* emergenti. Circostanza questa per molti versi scontata, solo ove ci si limitasse a rammentare che, in quanto finalizzato a consentire più ampie forme di *mutual knowledge of all relevant facts gathered by the parties*, già a ridosso dell'introduzione della normativa del 1938 tale meccanismo venisse percepito come lo strumento di una maggiore *procedural transparency*²⁹. E occorre dire che anche oggi, dopo una lunga e turbolenta applicazione pratica profondamente segnata da fenomeni di *misuse* come soprattutto quello dell'*abuse of discovery*, la *machinery of discovery* appare in questo senso davvero *well equipped*. E ciò pur conservando al suo interno anche la presenza di significativi indici in senso opposto³⁰.

Risultano piuttosto inequivocabilmente indirizzate nel senso di una *transparency* indotte disposizioni come, ad esempio, quelle (risalenti ad *amendments* del 1993 e introducenti nelle *Federal Rules of Civil Procedure* un vero e proprio *duty to disclose*) della *Rule 26 (a)(1)* in tema di *Initial Disclosure*³¹. Comunemente intese come disciplinanti una forma estesa di *automatic discovery* da realizzarsi *without awaiting a discovery request*, esse in effetti impongono alle parti la produzione di una vasta area di informazioni preventivamente a qualsiasi *discovery request* avversaria³².

Non solo. La stessa regola e il relativo *duty to disclose* subiscono anche -ex *Rule 26 (a)(2)*- le testimonianze tecniche che la parte intenda utilizzare come *expert*

²⁸ La circostanza è stata evidenziata dalla *Supreme Court* federale specialmente nel caso *Twombly*; sul punto, nella letteratura italiana recente, Dondi, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, cit. 448 (n. 44), 450; ma già, specificamente, Id., *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, cit., 533.

²⁹ Per l'espressione virgolettata nel testo il rinvio notorio è al *dictum* del caso *Hickman v. Taylor* (329U. S.1947, spec. 507); in generale, nella letteratura italiana, sulla *philosophy* originaria delle *Federal Rules* del 1938, Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 158 ss. e *passim*; nella letteratura statunitense, di recente, ad es. Marcus, *Looking Backward to 1938*, in 162 *U. Penn. L. Rev.*, 2014, 1710 ss.

³⁰

³¹ Per riferimenti nella dottrina italiana Ansanelli, *Profili comparati della trattazione civile*, in *Pol. Dir.* 2012, 300ss.

³²

witness testimony in sede di successivo (ancorché, come noto, al 90% solo eventuale) *trial*. Esse dovranno obbligatoriamente essere automaticamente *disclosed*; e ciò con modalità specificamente disciplinate, a includere la preventiva produzione di un *report* molto articolato sulla personalità dell'esperto e altrettanto specifico sui fondamenti scientifici della sua *opinion*³³.

Per converso, sempre all'interno dell'estesissima disciplina del *discovery* statunitense, fra gli indici sopraindicati in senso in qualche misura opposto a tale indirizzo, si collocano norme come le *subsections* (b)(5) e (c) della *Rule 26*³⁴. Si tratta, invero, di norme configuranti un'area tuttora non trascurabile di *privileges* e di relativi *protective orders*, tutti oggettivamente funzionanti come limiti alla *transparency*³⁵.

Si manifesta a questo riguardo un attrito inevitabilmente radicato in ogni modello di processo civile ma particolarmente incisivo ed evidente in quello statunitense. Il che accade essenzialmente in ragione della funzione per molti versi ambivalente, lì notoriamente attribuita all'avvocato, fra un ruolo *partisan*, di vero e proprio *hired gun*, del tutto coerente con una drastica concezione *adversarial* del procedere del conflitto giudiziale e un ruolo di *officer of the court* pure profondamente *entrenched* in tale cultura giuridica³⁶.

Al limite dell'ovvietà, data l'ampia e ormai molto risalente letteratura in materia, si può agevolmente affermare che, specie con riguardo a questo binomio, trovano invero giustificazione e fondamento oscillazioni ricorrenti fra la valorizzazione dell'una o dell'altra peculiare funzione dell'avvocato statunitense³⁷. Ciò detto, appare in ogni caso doveroso un rilievo riguardo al momento attuale. Proprio la caratterizzazione nel senso della complessità del panorama odierno delle controversie civili, sembra per certi versi imporre -realizzandola per così dire tralaticciamente e attraverso minime

³³ Ad es. Silberman, Stein, Wolff, *Civil Procedure - Theory and Practice*, New York 2009, 612; Yeazell, *Civil Procedure*, New York 2012, 480

³⁴ Per il testo, ad es., Yeazell, *Federal Rules of Civil Procedure - With Selected Statutes, Cases, and Other Materials- 2011*, New Yrk 2011, 73 ss.

³⁵ Riguardo alla percezione diffusa di tali norme come *limits* e alla loro concreta operatività, di recente e in una prevalente prospettiva di *legal ethics*, ad es., D. Stevenson, *Against Confidentiality*, in 48 *U. C. Davis L. Rev.* 2014, 337 ss.

³⁶ Taruffo, *Il processo civile adversary*; Hazard, Dondi, *Legal Ethics*

³⁷ Kagan, *Adversarial legalism*.

progressioni- una riconfigurazione dei ruoli dei soggetti tecnici del processo attraverso l'imposizione di obblighi di cooperazione e la compressione-attenuazione dei tradizionali valori di *confidentiality*³⁸. La letteratura giuridica statunitense più recente e conscia delle mutazioni da tempo in corso segnala vigorosamente tale esigenza. E ciò sia sul versante della tenuta della disciplina a tutela della *secrecy* nel rapporto avvocato-cliente a livello propriamente endoprocessuale sia su quello del *côté* etico-professionale di questo genere di questioni³⁹.

Del resto non casualmente, in questa prospettiva di prevalenza delle esigenze di *transparency*, si assiste a una mutazione dei valori processuali di riferimento. Per quanto fondata sull'esigenza più che comprensibile di non consentire l'utilizzazione abusiva della procedura di *discovery* (nella più diffusa pratica dell'*overdiscovery*), la presenza di *privileges* tutelabili attraverso *protective orders* nei confronti di richieste di *disclosure* si è in effetti trasformata da qualche tempo in un bersaglio ricorrente delle critiche ispirate a ragioni di vasta *transparency* processuale⁴⁰. E occorre notare come il diffondersi di questo indirizzo si registri nonostante l'estesa discussione intorno ai problemi di sovrabbondanza di informazioni onelö e òintorno alö processo generata dalla sempre più diffusa redazione in forma elettronica dei documenti (tema ormai stabilmente etichettato come *e-discovery*)⁴¹. Una circostanza questa che sembra confermare l'assoluta preminenza -in qualche modo l'irrinunciabilità- attribuita alla garanzia di accesso alle informazioni concernenti la controversia ai fini di una conoscenza estesa dei suoi fondamenti fattuali⁴².

In area statunitense, la presenza di questo indirizzo è anche più intensa riguardo al versante di *legal ethics*. In anni recenti, quantomeno in dottrina ma anche nella relativa giurisprudenza, il contrasto intrinseco fra la prospettiva di *confidentiality* (come segretezza garantita alle comunicazioni avvocato-cliente) e quella di *candor* o *fairness* (come esigenza di comunicazione-informazione) ha segnato un netto

³⁸ Hazard, Dondi, *Legal Ethics*

³⁹

⁴⁰

⁴¹ All'interno di una letteratura vastissima in tema di *e-discovery* e per un inquadramento generale del problema del *discovery* come ònot presumptively publicö Marcus, *A Modest Proposal: Recognizing (at Last) that the Federal Rules do not Declare that Discovery is Presumptively Public*, in 81 *Chi.-Kent L. Rev.*, 2006, 331, spec. 343 ss..

⁴²

prevalere di questo ultimo profilo⁴³. Non mette conto richiamare qui nello specifico i caratteri delle discipline contenute in un apparato normativo tanto articolato, anche in termini processuali, come le *Model Rules of Professional Conduct* statunitensi. Anche per ragioni di spazio, può essere sufficiente dare atto della circostanza che le più recenti rimodulazioni di tale normativa hanno incrementato gli aspetti di *disclosure* e comunque di *transparency*, per converso comprimendo notevolmente gli spazi di *confidentiality* originariamente previsti dalle norme etico-professionali in materia, come soprattutto la *Rule 1.6* in tema di *Confidentiality of Information*⁴⁴.

In conclusione -per tradizione e decenza accademica- si imporrebbero alcuni raffronti con l'assetto di diritto interno. Anche al netto delle incapacità di chi scrive, ciò è da ritenersi tuttavia sostanzialmente impossibile, per l'essenziale ragione dell'assenza nel nostro ordinamento di norme davvero raffrontabili con l'immenso apparato disciplinare statunitense in materia. Con una qualche rassegnazione, non resta che rilevare la perdurante mancanza di un espresso principio di verità e collaborazione processuale concretizzantesi in un meccanismo analogo a quello del *discovery*⁴⁵. Ed è pertanto fin troppo facile constatare che, essenzialmente in ragione di ciò, da noi risulta tuttora evanescente o, con un termine corrente, liquida la possibilità di dibattere seriamente di una nozione di trasparenza processuale. Per quanto certo stimolante e virtualmente da perseguire⁴⁶.

⁴³ E. Messinger, *Transparency and the Office of Legal Counsel*, in 17 *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Policy*, 2014, 239 ss. e D. Stevenson, *Against Confidentiality*, cit., spec. 111 ss.; Robbenolt, Sternlight, *Behavioural Legal Ethics*, in 45 *Ariz. St. L. J.*, 2013, 1107 spec. 1133 ss..

⁴⁴ Su tale disposizione, Hazard, Dondi, *Legal Ethics*, cit., 204 ss.. Si tratta del resto di un fenomeno del tutto omologo -per quanto sviluppatosi in qualche modo parallelamente e a seguito di sollecitazioni diverse- a quello concernente il grado di segretezza delle comunicazioni avvocato-cliente nella prospettiva dell'*Attorney-Client Privilege* disciplinato dalla *Federal Rule of Evidence 501*; Dondi, *Segreti ed etica dell'avvocatura - Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney client privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 651.

⁴⁵ Dondi, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 161.

⁴⁶ Di tale rilievo dà ad esempio conto, nella prospettiva essenzialmente della nozione di trasparenza come pubblicità del procedimento, la disciplina del *Principle 20* dei *Principles of Civil Procedure* elaborati dall'American Law Institute e dall'UNIDROIT. Per una versione aggiornata del testo si rimanda al sito www.unidroit.org; ma su questa attività, la trasformazione e ibinazione di essa in *rules* e *principles*, nonché il suo significato per la mutazione dell'approccio generale riguardo alla risoluzione dei problemi del processo civile, Taruffo, *A Project of Rules for Transnational Litigation*, in *The Unification of International Commercial Law* (Franco Ferrari editor), 1998, 189 ss.; Id., *Drafting Rules for Transnational Litigation*, in 2 *ZZP Int.*, 1997, 449; Id., *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: An Evidentiary Epistemology*, in 25 *Penn. St. Int'l L. Rev.*, 2006, 509.