

perché pensa certe cose intorno al mondo, e partecipa di certe scelte fondamentali.

16. — In questo quadro, mi pare dunque ci sia posto per più tipi di ricerca riguardanti l'esperienza processuale; fra i quali la ricerca del giurista può anche non essere predominante, e comunque non esaurisce il campo. Quali risultati sia possibile trarre da questa constatazione, entro che limiti lo sforzo interdisciplinare — di cui si contempla la necessità — possa attuarsi e dare frutti, cercheremo di stabilire in seno alla nostra Facoltà, ponendo ad oggetto di più ricerche appunto il processo civile. Tale è il nostro desiderio e il nostro programma: e, in verità, mentre ciascuno di noi si accinge ad un nuovo anno della propria singolare fatica, rallegra la collaterale prospettiva di un lavoro comune. Ci spinge — credo di poter parlare anche a nome dei colleghi ed amici — la convinzione di adempiere così un dovere, perché non è consentito a chi studia intravedere una strada, senza cercare di percorrerla; e ci sorregge la speranza.

ELIO FAZZALARI

Prof. ord. nell'Università di Pisa

UNIDADE II

Letture obbligatorie
DENTI, Evoluzione del diritto delle prove nei
Processi civili contemporanei, p. 31-69

Rev. d. n. proc. 1967.

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DELLE PROVE NEI PROCESSI CIVILI CONTEMPORANEI (*)

Sommario: 1. Oggetto dell'indagine: il diritto delle prove: a) nei paesi di *civil law*; b) nei paesi di *common law*; c) nei paesi socialisti. Rilevati sulle caratteristiche dei tre sistemi. — 2. Lo sviluppo storico del diritto delle prove nei paesi di *civil law* e i fattori che lo hanno influenzato. — 3. Le recenti riforme attuate nei paesi di *civil law* e i loro principi ispiratori. — 4. Ampliamento dei poteri inquisitori del giudice e difesa della sua neutralità: significato attuale del contrasto fra le due tendenze. — 5. L'evoluzione del diritto delle prove nei paesi di *common law*: sue principali direzioni. — 6. Il movimento per la riforma della *law of evidence* nel mondo nord-americano. — 7. La concezione dell'attività giudiziale probatoria nei sistemi socialisti. — 8. Le recenti riforme processuali in Russia e negli altri paesi socialisti e i loro riflessi sul diritto delle prove. — 9. Considerazioni conclusive.

1. — L'indagine intorno alle attuali tendenze evolutive del diritto delle prove considera i tre sistemi giuridici nei quali si esprimono con sufficiente autonomia i diversi orientamenti di fondo delle istituzioni processuali: a) il sistema dei paesi di *civil law*; b) il sistema dei paesi di *common law* (1); c) il sistema dei paesi socialisti (2). La differenza tra i primi due sistemi è dovuta soprattutto a ragioni storiche, mentre la differenza fra il primo e il terzo è dovuta soprattutto a ragioni politiche; ma l'autonomo studio delle rispettive evoluzioni non può andare disgiunto dal rilievo che i vari sistemi non sono affatto dei mondi

(*) Il presente scritto, che è destinato agli Studi in onore del prof. Antonio Segni, utilizza, nella loro parte essenziale, gli appunti per un corso di lezioni tenuto presso la *Faculté internationale de droit comparé* del Lussemburgo nell'aprile del 1963.

(1) La contrapposizione *civil law-common law* viene usata nel testo secondo il significato convenzionale, ormai diffuso tra gli studiosi di diritto comparato, ossia per indicare gli ordinamenti giuridici del continente europeo, considerati sia in relazione alla comune derivazione romanistica, sia in relazione all'uniformità delle tecniche normative, in contrapposito agli ordinamenti anglo-americani. Sull'uso di questa terminologia, cfr. da ultimo Grisoli, *Corso di diritto privato comparato*, Milano 1962, p. 75 ss.

(2) Con l'espressione «diritto dei paesi socialisti» (che ritengo preferibile a quelle «diritto dei paesi comunisti» o «diritto sovietico», pure largamente usate) si fa riferimento al diritto dell'URSS e dei paesi dell'Europa orientale che ne risentono l'influenza politica. Sul punto, anche per le opportune riserve circa la visione unitaria di questi ordinamenti, cfr. Gorla, *Diritto comparato*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano 1964, p. 935 ss.

chiusi, senza reciproche interferenze ed influenze evolutive: e ciò sia per la relativa mobilità ed apertura dei regimi politici che ne costituiscono il fondamento, sia perché all'origine delle concrete soluzioni adottate stanno principi teorici e canoni logici che hanno la loro origine nella comune matrice della civiltà occidentale.

Fatti questi rilievi, prima di analizzare le caratteristiche dei singoli sistemi, occorre premettere alcune considerazioni d'indole generale intorno alla loro rispettiva evoluzione storica:

a) La disciplina legale delle prove, propria dei paesi di *civil law* dal medioevo all'età moderna, non va considerata soltanto come il prodotto di una situazione culturale (e quindi della logica medioevale, nell'ambito della quale si è formato e sviluppato il processo romano-canonic) (3), ma anche come la conseguenza inevitabile del modo stesso con cui era amministrata la giustizia in Europa sino alla Rivoluzione francese. Non c'è dubbio, infatti, che il complesso delle regole probatorie che vanno sotto il nome di « prove legali », mentre da un lato ha consentito un certo grado di razionalizzazione dell'indagine giudiziale di fronte ai metodi primitivi di prova, ha poi rappresentato una garanzia contro la decadenza del costume giudiziario (4), così da divenire un'espressione di quella fiducia verso i giudici che è ancora all'origine dell'atteggiamento odierno di gran parte del ceto professionale dei giuristi.

Le riforme che, con la Rivoluzione francese, hanno segnato l'avvio delle strutture giudiziarie moderne, sopprimendo il sistema della venalità e dell'ereditarietà delle cariche, proprio dell'*Ancien Régime*, hanno insieme posto le basi di quell'organizzazione burocratica della giustizia che doveva lentamente trasformare la fiducia verso i giudici in fiducia verso lo Stato (5). La burocratizzazione della funzione giudiziaria ha esercitato, infatti, un'influenza notevole sul sistema probatorio, rimasto

(3) Su questa prospettiva storica, cfr. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961, p. 159 ss.

(4) Cfr., sul punto, i rilievi di Cappellotti, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione « civil law - common law »*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 46. Sul significato delle « prove legali » nel processo medioevale, cfr. l'importante studio del Levy J. Ph., *La hiérarchisation des preuves dans le droit saecular du Moyen Age*, in *Ann. de l'Univ. de Lyon*, Paris 1939, p. 32 ss.

(5) Sul fenomeno della burocratizzazione della giustizia in Europa cfr. le classiche pagine del Weber, *Economia e società*, trad. it., Milano 1961, II, p. 194 ss. Su alcuni aspetti di questo fenomeno cfr. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano 1963, p. 147 ss.

per oltre un secolo formalmente immutato, ma sostanzialmente pervaso dalla tendenza del giudice-funzionario a considerare la verifica dei fatti come un'operazione tecnica, analoga a quelle compiute dalla pubblica amministrazione in ogni altro ramo della sua attività. Donde, sul piano storico, il porsi del dogma classico della neutralità del giudice come un corollario ottocentesco dei principi del liberalismo politico; nonché la tendenza a considerare l'aumento dei poteri del giudice nel campo delle prove come problema « politico », connesso con il crescente interventismo dello Stato nella sfera dei rapporti privati.

Il formalismo tradizionale delle dottrine giuridiche europee ha condotto troppo spesso a considerare il problema della prova nei suoi soli aspetti tecnici o logici, avulso dalla concreta e storica relazione con il modo di essere della funzione del giudice nei singoli ordinamenti. Ad esempio, quando si è prospettato il superamento del metodo della prova legale, nei sistemi di *civil law*, come il passaggio dalla concezione scolastico-aristotelica « alla moderna concezione logica e gnoseologica » (6), si è trascurato che, storicamente, la prova legale è sorta come una particolare tecnica processuale, al servizio di determinati giudici in determinati ordinamenti giudiziari. Non si può, quindi, ridurre il superamento delle prove legali ad un mero problema gnoseologico, ma occorre tenerne presenti gli aspetti lato sensu sociali e politici.

Da questo punto di vista, la burocratizzazione della funzione giudiziaria, propria dei paesi di *civil law* a partire da un determinato momento storico, ha creato indubbiamente problemi diversi da quelli in funzione dei quali era sorto il sistema delle prove legali, ma non sembra avere eliminato totalmente l'esigenza di una prefessione normativa di limiti alla scelta, da parte del giudice, delle tecniche di ricerca e valutazione delle prove: in altri termini, quella che è stata definita come « metodologia legale » (8) appare ancora una esigenza intrinseca ad ogni ordinamento processuale e che solo si prospetta in modi diversi a seconda

(6) Cappellotti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano 1962, p. 286 ss.

(7) Sottolinea esattamente il carattere « sociale » della prova giudiziaria, in quanto suo scopo è di ottenere « par de là le juge, l'adhesion du groupe social qu'il représente », il Levy-Brauhl, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Paris 1964, p. 23 ss.

(8) Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 115.

delle varie epoche storiche e dei vari ambienti sociali, nonché della posizione del giudice nei diversi ordinamenti (9).

A ciò si aggiunge che le regole probatorie vanno commisurate, oltre che alla valutazione, da parte della coscienza sociale, della idoneità al loro impiego da parte dei singoli giudici, alle caratteristiche della stessa società in cui i procedimenti probatori sono destinati ad avere attuazione. Ad esempio, la sfiducia verso la testimonianza (e verso la parte medesima come « testimone »), che è propria dei paesi di *civil law*, non è soltanto un dato « tecnico », ma esprime sostanzialmente i convincimenti di una società poco sensibile alla *bona fides* nei rapporti umani. E mentre la *privacy* dei testimoni è molto più difesa nei paesi di *civil law* di quanto non lo sia nei paesi di *common law* (10), la fiducia nella loro attendibilità è assai minore nei primi che nei secondi, dove l'intero processo civile appare imperniato sull'attestazione orale (11). In questo complesso quadro storico, politico e sociale occorre, quindi, situare le riforme del diritto delle prove, non trascurando soprattutto quel dato essenziale che è costituito dalla concreta realtà della funzione giudiziaria e della posizione stessa del giudice nell'ordinamento statale.

b) Invero, quando si trae motivo dai contemporanei movimenti di riforma nei paesi di *common law* (e mi riferisco soprattutto al mondo giuridico nord-americano), per convalidare le tendenze al superamento delle prove legali ed all'aumento dei poteri del giudice nel campo delle prove, si dimentica troppo spesso che il « giudice » dell'ordinamento anglo-americano è una realtà ben diversa dal « giudice » degli ordinamenti europei (12). Anche a voler trascurare la presenza, nel processo anglo-americano, della giuria — che pure si ritiene determinante per la formazione

(9) Cfr. a proposito della posizione del Cappelletti verso le regole di prova legale, i rilievi del Micheli, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 251, che ne afferma la perdurante validità funzionale. In senso analogo, cfr. Alcalá Zamora, *Uniformación de la Prueba en el proceso civil de los países hispano-americanos*, in *Bol. Inst. Der. Comp. Méjico*, 46 (1963), p. 104 ss.

(10) Mi riferisco, nel testo, ai mezzi predisposti per determinare l'attendibilità della testimonianza, certamente più efficienti nel processo di *common law* di quanto non lo siano nei processi civili europei. Giustamente il Sereni, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano 1954, p. 108, ha posto in rilievo come queste differenze tra i due sistemi siano largamente influenzate anche da concezioni religiose.

(11) Sereni, *op. cit.*, p. 18.

(12) Su questo punto resta sempre essenziale l'analisi del Weber, *Economia e società*, loc. cit.

storica della *law of evidence* (13), ma che oggi sopravvive, nei giudizi civili, solo nel Nord-America — sta di fatto che i paesi di *common law* ignorano quella particolare « ideologia della giustizia » che è connessa con la sua evoluzione in senso burocratico nei paesi dell'Europa continentale.

Si potrebbe dire, infatti, della legalità della prova, ciò che è stato detto — ponendo a raffronto i due sistemi — di taluni aspetti del positivismo giuridico, quando si sono chiarite le ragioni per cui un orientamento antipositivistico può avere un carattere « liberale » nel mondo anglo-americano e « illiberale », invece, nel mondo europeo (14). Invero, allo stesso modo come la « neutralità » del giudice americano è una cosa ben diversa dalla « neutralità » del giudice europeo (nel senso che la prima non esclude l'esercizio di poteri discrezionali nell'apprezzamento di esigenze *lato sensu politiche*) (15), così l'esercizio di poteri inquisitori nel campo delle prove non comporta, nel mondo della *common law*, quell'invadenza del potere statale nella sfera privata che, nei paesi di *civil law*, è la inevitabile contropartita di ogni aumento dei poteri del giudice (16). Realtà, questa, della quale costituisce puntuale conferma l'impulso che i regimi autoritari, dal fascismo al gollismo, hanno dato alla evoluzione in senso inquisitorio delle regole civili di prova.

Fatti questi rilievi, per collocare nella giusta prospettiva i problemi solo apparentemente analoghi posti dall'evoluzione dei singoli ordinamenti, va peraltro riconosciuto che al fondo di tale

(13) Tale è l'opinione comune dei giuristi di *common law*, peraltro recentemente posta in dubbio dal Giuliani, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 652 ss. e *Influence of Rhetoric on the law of Evidence and Pleading*, in *The Jurid. Rev.*, 1962, p. 216 ss.. Il quale ritiene tosto la concezione del diritto probatorio in termini di « norme di esclusione » sia piuttosto la conseguenza dell'accettazione di una determinata logica della prova.

(14) Assai illuminanti sono, al riguardo, le considerazioni contenute nella relazione di Park e Shuman, *Un colloquio sul positivismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 542 ss. (pubblicata anche in inglese, col titolo *The Bellagio Conference on Legal Positivism*, in *Journal of Legal Education*, 14 (1961) p. 213 ss.).

(15) Sull'argomento, cfr. Dentri, *Per il ritorno al « voto di scissura » nelle decisioni giudiziarie*, in *Quaderni della Giurisprudenza costituzionale*, 2, Milano 1964, p. 15 ss.

(16) Si vedano in proposito, quanto alle riforme inglesi del 1937, i rilievi del De Rossi, in *Rassegna di letteratura e legislazioni straniere - Inghilterra*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 182.

evoluzione vi è — tra i paesi di *common law* e quelli di *civil law* — una comunanza di orientamenti metodologici che potrebbe addirittura sorprendere chi non riflettesse sulla presenza, nelle due culture giuridiche, di un filone di pensiero che risale all'identica matrice ottocentesca e del quale gli sviluppi moderni non sono se non una versione più raffinata (17). Per fare un solo esempio, le ricordate affermazioni del Cappelletti sulla connessione fra la logica scolastico-aristotelica ed il regime legale della prova, trovano una perfetta corrispondenza nei quasi contemporanei rilievi del Loevinger, il quale critica il sistema delle *rules of exclusion* proprio perché connesso con l'impiego della logica sillogistica, ed auspica una più libera razionalizzazione delle regole probatorie (18). Ed è indubbiamente vero che in entrambi i sistemi l'orientamento culturale verso la libertà della prova implica una « concezione tecnica della verifica del fatto » (19) che ha comuni fondamenti gnoseologici ed è, in fondo, figlia di quello *scientisme* che sembra costituire, da un secolo almeno, l'abito mentale del giurista di professione.

Tuttavia — e qui torno ancora ai precedenti rilievi — chi si richiamasse a questi comuni orientamenti teorici, senza adeguata valutazione delle rispettive situazioni storiche, politiche e sociali, cadrebbe nello stesso errore di chi traesse argomento dalle tesi del realismo americano a favore della *Freirechtslehre* europea, o viceversa: il diverso sfondo politico delle due dottrine (e quindi l'ideologia sostanzialmente democratica della prima, di contro all'ideologia sostanzialmente autoritaria della seconda) sono state sufficientemente poste in luce, perché sia necessario indugiarsi oltre (20).

c) Infine, la considerazione del diritto delle prove nei paesi socialisti non può andare disgiunta dal rilievo che l'evoluzione di tale diritto si è compiuta nell'ambito di una tecnica giudiziaria

(17) Cfr. per l'influenza del positivismo benthamiano sullo svolgimento della teoria delle prove, tanto in Europa che nei paesi di *common law*, e particolarmente in America, Giuliani, *Il concetto di prova* cit., p. 273 ss.

(18) Cfr. Loevinger, *Facts, Evidence and Legal Proof*, in *West. Res. L. Rev.*, 9 (1958), p. 154 e poi nel volume coll. *Landmarks of Law*, a cura di Henson, New York 1960, p. 422.

(19) Giuliani, *Il concetto di prova* cit., p. 249, nota 49.

(20) Cfr., in argomento, i rilievi del Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, p. 229 ss.

che è quella stessa, nei suoi immediati precedenti storici, della Europa continentale. Al riguardo, come si vedrà, esistono addirittura esperienze esemplari nei paesi dell'est europeo che hanno mantenuto in vigore le leggi processuali pre-belliche, pur subendo profondamente l'influenza dell'ideologia giuridica comunista. Ciò dimostra, ritengo, che l'evoluzione è stata dovuta all'inevitabile riflesso della concezione marxista del diritto (o, meglio, della giustizia) sulla tecnica probatoria, mentre quest'ultima, di per sé, ha ripreso posizioni e tendenze che erano già insite nella ideologia del primo socialismo europeo (21).

Peraltro, vi sono valide ragioni per ritenere l'esperienza dei paesi socialisti meritevole di autonoma considerazione, anche se rappresenta, in fondo, un'esperienza europea. La negazione del diritto come tecnica dei rapporti sociali e, quindi, della decisione giudiziaria come valutazione dei comportamenti umani in funzione di regole nelle quali si riflettono i valori di una data società in un dato momento storico (negazione che è la caratteristica saliente del pensiero giuridico marxista) (22), porta inevitabilmente a mettere in rilievo nel processo l'opera del giudice e ad accentuarne i poteri « creativi », al fine di accordare la decisione giudiziaria con le esigenze inerenti alla trasformazione della società ed alla costruzione della società socialista. Connessa con questa concezione di fondo è la struttura tendenzialmente non burocratica della giustizia: è noto, infatti, che nei paesi socialisti è largamente diffuso il reclutamento elettivo dei giudici ed è prevista la partecipazione dei laici ai collegi giudicanti civili (23): il che comporta

(21) Cfr., sul punto, quanto scrive il Cappelletti, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 200 ss.

(22) Si veda, per una considerazione assai aperta dei relativi problemi, il capitolo « Keisen e Marx » dell'opera del Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Roma 1962, p. 121 ss. Per una recente discussione intorno al tema della « legalità socialista », cfr. Della Volpe, *La legalità socialista, in Critica marxista*, 1964, p. 148 ss.

(23) Cfr. per la Russia, Grzykowski, *Soviet Legal Institutions: Doctrine and Social Functions*, Ann Arbor, 1962, p. 79 ss.; Franchi, *Appunti sul processo di cognizione sovietico*, in questa Rivista, 1962, p. 270; Cappelletti, *La testimonianza della parte cit.*, II, p. 684 in nota, e già Calamandrei, *La testimonianza in Stati sul processo civile*, V, Padova 1947, p. 321. Per la Polonia, cfr. Ehrlich, *Osservazioni sul problema dell'indipendenza dei giudici in Polonia*, in *Magistrati o funzionari?*, a cura di G. Maranini, Milano 1962, p. 262 ss. Sull'argomento, in generale, cfr. anche Blagojevic, *Gli aspetti politici della partecipazione dei laici all'esercizio della giurisdizione*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, II, Padova 1958, p. 149.

una posizione del giudice, rispetto alle tecniche del *fact-finding*, diversa da quella tradizionale nell'Europa continentale.

Struttura non burocratica della giustizia non significa, peraltro, indipendenza dei giudici: problema, questo, che nei paesi socialisti non si pone neppure, almeno nei termini propri delle democrazie occidentali, ossia come « imparzialità » politica dei giudici. La *political jurisprudence* dei giudici socialisti è, quindi, cosa ben diversa dalla *political jurisprudence* dei giudici americani (24), né avrebbe fondamento la facile analogia fra alcuni atteggiamenti delle rispettive culture giuridiche riguardo alla preminenza del *fatto*, apprezzato nelle sue componenti politiche e sociali, nella concreta esperienza giurisprudenziale. Invero, mentre la scelta del giudice fra i « valori » economici e sociali impliciti nel « fatto » è, secondo i realisti americani, istituzionalmente libera e solo condizionata dalla tendenza all'uniformità delle decisioni, la scelta del giudice socialista è per sua natura ideologicamente orientata.

A questi rilievi, che toccano la concezione stessa della posizione del giudice in uno stato socialista, va aggiunta la considerazione della intrinseca mobilità dei relativi ordinamenti, nei quali è in corso una evoluzione non sempre agevolmente riconducibile alle parallele vicende politiche: infatti, mentre è possibile parlare di un certo grado di liberalizzazione delle norme processuali, civili e penali, nell'Unione Sovietica, a seguito delle riforme attuate dopo il XX Congresso (25), assistiamo in altri paesi socialisti a movimenti di riforma ispirati alla tendenza nel senso di quella « volontarizzazione » del processo civile che è stata una delle manifestazioni salienti, nel campo del diritto, del nazismo tedesco (26). Questa esperienza, che avremo modo più oltre di analizzare e che non ha mancato di suscitare echi polemici in un recente congresso (27), conferma la complessità e la varietà di un

(24) Su quest'ultima, cfr. la recente ampia rassegna del Shapiro, *Political Jurisprudence*, in *Kentucky L. Journ.* 52 (1964), p. 294 ss.

(25) Si veda, in argomento, Ginzburg, *Objective Truth and the Judicial Process in Post-stalinist Soviet Jurisprudence*, in *Am. Journ. of Comp. Law*, 10 (1961), p. 53 ss. e Berman, *The Dilemma of Soviet Law Reform*, in *Hurv. L. Rev.*, 76 (1963), p. 429.

(26) Cfr. Calamandrei, *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 336.

(27) Cfr. Cappellati, *Note in margine al congresso venetiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 275; Liebman, *Intorno ai limiti della giurisdizione volontaria*, *ibid.*, p. 278.

mondo i cui interni contrasti politici, negli ultimi anni emersi con drammatica evidenza, si riflettono anche nei contemporanei orientamenti di politica legislativa.

2. — Nei paesi di *civil law*, la tradizione che si è soliti chiamare « classica » (con terminologia particolarmente cara alla dottrina francese) e che si riassume nella formula della « neutralità » del giudice, ha operato sostanzialmente in tre direzioni: a) nell'escludere l'attribuzione al giudice civile di poteri inquisitori, considerati in contrasto con la piena disponibilità, nelle parti, dell'oggetto del processo; b) nel vincolare l'attività probatoria al rigoroso rispetto del principio del contraddittorio; c) nell'ammettere la valutazione preventiva, da parte del legislatore, dell'efficacia di determinati mezzi di prova.

Attualmente, sia pure con minore o maggiore evidenza nei diversi ordinamenti, nessuna di queste regole (neppure, come vedremo, quella del contraddittorio) ha più il significato pieno che le era proprio nel secolo scorso. Assistiamo, anzi, ad un progressivo accostamento del diritto probatorio civile a quello penale (la cui unificazione, secondo taluni, si dovrebbe considerare in Francia già sostanzialmente realizzata) (28), e ciò mentre il processo penale, a sua volta, sta subendo una marcata evoluzione in senso non inquisitorio.

Quali sono le cause profonde di questa evoluzione? A mio avviso, è possibile sintetizzarle, sia pure con una astrazione ed una generalizzazione che potrebbero in certa misura apparire arbitrarie, ma che appaiono adeguate a cogliere le linee essenziali dello sviluppo storico dei processi di *civil law*.

a) Sul piano teorico (o gnoseologico) la conseguenza più rilevante dello *scientisme* ottocentesco è stata il prevalere della « concezione tecnica dell'accertamento del fatto » (29), connessa con il convincimento che le affermazioni delle parti intorno ai fatti della causa possano essere « verificate » mediante il raffronto con la « verità reale », percepibile attraverso l'impiego di mezzi tecnici, il più possibile razionalizzati ed oggettivi. In questo atteggiamento teorico era implicita, come si è rilevato, una

(28) cfr. Sicard, *La preuve en justice après la réforme judiciaire*, Paris 1960, p. 7.

(29) Giuliani, *Il concetto di prova cft.*, p. 237 ss.

tendenziale accentuazione dell'aspetto burocratico dell'indagine giudiziale, e perciò stesso del carattere inquisitorio dell'indagine stessa: non si dimentichi, d'altronde, che proprio l'illuminismo aveva visto « la funzione del giudice spinta fino all'estremo del metodo inquisitorio » nell'esperienza del codice fridericiano (30). Né va tacito che la stessa cultura idealistica e storicistica, da altro punto di vista (e per quanto abbia spiegato un'influenza assai minore sulla scienza giuridica) ha contribuito a porre l'accento sulla validità esclusiva del concreto giudizio storico del giudice, svalutando nel contempo il significato delle regole legali di prova, proprie del processo civile, a differenza di quello penale (31).

b) Sul piano dogmatico, l'attacco al principio classico della « neutralità » del giudice è stato sensibilmente influenzato dallo affermarsi, nella dottrina processuale germanica, della distinzione tra *Dispositionsmarine* e *Verhandlungsmarine*, ossia tra il potere delle parti di determinare l'oggetto del giudizio ed il potere di apportare al processo il materiale probatorio relativamente ai fatti affermati (32). Secondo tale distinzione, infatti, il principio della neutralità del giudice nel campo delle prove non consegue necessariamente al potere dispositivo delle parti circa l'oggetto del giudizio, poiché i poteri riconosciuti al giudice per la ricerca della verità operano nei limiti del quadro così tracciato e non esorbitano dalle allegazioni delle parti. Si afferma, pertanto, che essenziale ad un processo civile il quale riconosca il carattere privato dell'oggetto del giudizio (in un ordinamento, quindi, di tipo sostanzialmente liberale) è il *Dispositionsprinzip*, mentre l'attenuazione del *Verhandlungsprinzip* e l'attribuzione al giudice

(30) Il rilievo è del Redenti, *L'umanità nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc. cit.*, 1941, I, p. 29 (ora in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano 1962, p. 762). Sul processo prussiano fridericiano, cfr. i cenni del Carnacini, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi di onore di E. Redenti*, II, Milano 1951, p. 720 e del Cappellati, *La testimonianza della parte cit.*, II, p. 537, nota 3 e p. 569.

(31) Si vedano, ad esempio, le affermazioni del Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova 1937, p. 130.

(32) Sulla storia del principio dispositivo, si veda ampiamente Carnacini, *Tutela giurisdizionale cit.*, p. 716 ss. e Cappellati, *La testimonianza della parte cit.*, I, p. 318 ss. La distinzione è sostanzialmente presente anche nelle dottrine che non si richiamano espressamente alla dogmatica tedesca: cfr., ad esempio, Debussch, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Etude de droit comparé interne*, Aix-en-Provence, 1960, p. 367 ss.

del potere di contribuire alla ricerca ed all'acquisizione delle prove costituisce un fatto di mera *tecnica processuale*, *interno* al processo, e *preordinato* alla migliore realizzazione dei suoi fini.

Non è difficile vedere come questa posizione dogmatica finisca col legittimare, sul piano concettuale, il mantenimento della fisionomia privatistica del processo civile, coerente con i principi politici propri dei paesi dell'Europa occidentale, e la contemporanea attribuzione al giudice di poteri inquisitori.

c) Sul piano ideologico, un'influenza determinante è stata esercitata dagli orientamenti in senso socialistico della scienza giuridica europea alla fine del secolo scorso, soprattutto nei paesi germanici, dove questa tendenza ha influito sulle riforme legislative, dapprima con l'opera di Franz Klein in Austria (ZPO austriaca del 1895) e poi con le correnti di pensiero che hanno portato alla riforma parziale della ZPO tedesca nel 1933 (33). L'abbandono della neutralità del giudice si giustificava, secondo queste dottrine, con la necessità di operare perché l'uguaglianza delle parti nel processo non fosse soltanto formale, ma sostanziale ed effettiva, il che non era possibile se non consentendo al giudice di venire in aiuto della parte socialmente più debole, sostenendosi alla sua deficiente iniziativa sul terreno probatorio (34). Da questo punto di vista ideologico, la neutralità del giudice appare, quindi, piuttosto che garanzia di giustizia, conferma di privilegi sociali.

d) Infine, sul piano politico, il principio della neutralità del giudice nell'attività probatoria è stato infirmato sia dal crescente interventismo degli Stati nella sfera privata, che ha allargato sempre più l'area dei processi che oggi si usa definire « a contenuto obiettivo », sia dal tendenziale « dirigismo » processuale dei regimi autoritari. Mentre il primo fenomeno non è proprio solo dei paesi di *civil law* (35), il secondo si è manifestato nel-

(33) Su tutta questa vicenda storica, si veda l'esposizione del Cappellati, *La testimonianza della parte cit.*, II, p. 485 ss., p. 535 ss.; *Ideologie nel diritto processuale cit.*, p. 200 ss.

(34) La posizione delle correnti giuridiche socialiste agli inizi del secolo è bene illustrata nello scritto del Cao, *Esigenze sociali ed individualismo nel processo civile*, in *Studi per Chironi*, II, Milano 1915, p. 41 ss. Circa l'attenuazione dell'individualismo nel processo, si veda anche Legouis, *Les règles de preuve en droit civil*, « Permanences » et « transformations », Paris 1955, p. 25 ss.

(35) Cito come esempio, nei paesi di *common law*, il processo di divorzio, rispetto al quale si afferma venir meno la posizione imparziale del giudice, che diviene iniqua-

l'Europa continentale con le riforme promulgate in Germania durante il nazismo (36), in Italia durante il fascismo (37) e in Francia, da ultimo, sotto il regime gollista (38).

A questo proposito, se pure non va trascurato che in questi paesi le riforme attuate dalle dittature seguivano al manifestarsi di correnti innovatrici anteriori all'instaurazione dei regimi autoritari, non è dubbio che la presenza di un'ideologia illiberale ha dato un impulso decisivo all'opera legislativa di riforma, il cui compito è stato facilitato anche dalla soppressione del metodo parlamentare di formazione delle leggi (39).

3. — I movimenti di riforma nei paesi di *civil law*, sotto l'impulso dei motivi teorici, dogmatici, ideologici e politici che ho ricordato, hanno operato essenzialmente nelle seguenti direzioni:

a) Anzitutto, si è progressivamente attenuato il regime delle prove legali e si è restituita al giudice la libertà di valutazione, eliminando le limitazioni all'ammissibilità di determinati mezzi di prova. Tra le prove legali classiche, è stato in primo luogo il giuramento decisivo ad essere oggetto di riforme: da quella austriaca del 1895, che abolì il giuramento come prova legale, sostituendolo con l'interrogatorio delle parti, eventualmente giurato, ma sempre liberamente valutabile dal giudice; a quella germanica

sitor per l'accertamento della verità: si veda, da ultimo, la decisione del caso Noble v. Noble and Ellis (1963) 1 W. L. R. 1395 e sul medesimo il commento in *The Law Quart. Rev.*, 80 (1964), p. 151.

(36) Si veda, sul punto, la illustrazione del Volkmar, *La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, p. 273 ss. Sull'accettazione dei poteri inquisitori del giudice con le riforme tedesche del 1938, si vedano i cenni del Calamandrei, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 296 ss.

(37) Il nuovo codice vuole fondamentalmente elevare l'autorità del giudice ed aumentare i poteri: questa è... la direttiva fondamentale della riforma, afferma il Guardasigilli nella Relazione che accompagnò il nuovo codice di procedura civile italiano del 1940 (n. 12).

(38) Si tratta delle riforme approvate col decreto 22 dicembre 1958 (entrato in vigore il 2 marzo 1959), a seguito delle quali si è detto che «le *pouvoir judiciaire* cit., p. 7).

(39) Si vedano, a questo proposito, i rilievi critici di Solus-Perrot, *Droit judiciaire privé*, I, Paris 1961, p. 67, circa la tecnica legislativa con la quale sono state attuate le recenti riforme francesi e che ha fatto diventare la procedura civile «une matière de caractère réglementaire».

del 1933, che operò in analogia direzione, sia pure con qualche limitazione vincolante l'ammissibilità del giuramento alle regole sulla ripartizione dell'onere della prova (40); infine, a quella svedese del 1942-48 (41). Analoga evoluzione non si è verificata, invece, nel diritto italiano (in quanto il codice del 1940 ha mantenuto il giuramento ad iniziativa della parte, con la sua efficacia di prova incontrovertibile) e nel diritto francese: in entrambi i paesi, peraltro, si sono manifestate larghe correnti dottrinali nel senso dell'abolizione del giuramento-prova legale (42).

I paesi di *civil law* hanno conservato, invece, sia pure con limitate attenuazioni, l'efficacia vincolante della confessione della parte, mentre un sensibile aumento della libertà di apprezzamento del giudice si è avuto quanto all'ammissibilità della prova testimoniale in presenza di un obbligo di preconstituzione della prova: tipica, al riguardo, l'evoluzione verificatasi in Francia nel senso di una progressiva attenuazione dei requisiti prescritti dall'art. 1347 cod. civ. per il principio di prova scritta che fa venir meno i limiti legali di ammissibilità della prova testimoniale (43).

b) In secondo luogo, le riforme hanno sensibilmente accresciuto i poteri di iniziativa del giudice nella ricerca della verità. In un tipo di processo fondamentalmente dispositivo, lo strumento di questa attribuzione di poteri inquisitori al giudice è stata soprattutto la riconosciuta possibilità di un suo diretto contatto con le parti, allo scopo di interrogarle liberamente sui fatti della causa. Non è dubbio, inverò, che sia pure in senso mera-

(40) Cfr., sul punto, i rilievi del Cappellelli, *La testimonianza della parte cit.*, II, p. 624. Si veda pure già Allorio, *Il giuramento della parte*, Milano 1937, p. 124.

(41) La legislazione svedese contiene in particolare l'asservazione dell'interrogatorio con una «assicurazione» di verità a carattere non religioso: cfr. Cappellelli, *op. cit.*, II, p. 743.

(42) Cfr., per l'Italia, Allorio, *Il giuramento della parte cit.*, p. 160, il quale vedeva ostacolato l'abbandono del giuramento come prova legale dall'individualismo che ispirava la coscienza giuridica nel campo del processo; e da ultimo Cappellelli, *La testimonianza della parte cit.*, I, p. 208 ss. Analoghi apprezzamenti sono contenuti anche in opere a carattere istituzionale: cfr., ad esempio, Liebman, *Manuale di dir. proc. civ.*, II, 1, Milano 1959, p. 149. Per la Francia, cfr. Legendis, *Les règles de preuve cit.*, p. 96.

(43) Cfr. in argomento, Mourisse, *Le déclin de la preuve écrite*, in *Gazette des Palais*, 1951, 2, p. 52; Legendis, *op. cit.*, p. 118. Attualmente, a seguito della riforma del 1942, l'art. 336 cod. proc. civ. sancisce espressamente che la mancata comparizione personale della parte, o il rifiuto di rispondere, equivalgono a un principio di prova scritta ai sensi dell'art. 1347 cod. civ.

mente « processuale » o « formale » (44), l'interrogatorio *ex officio* delle parti abbia significato e funzione inquisitoria, in quanto non si limiti a provocare un chiarimento delle allegazioni delle parti medesime, ma sia subordinato alla verifica dei fatti rilevanti della causa. In tal senso, d'altronde, lo hanno inteso i principali movimenti di riforma: da quello tedesco, che ha trasformato nel 1924 l'interrogatorio a scopo di chiarificazione, che costituiva un onere per le parti, in un vero e proprio obbligo di comparire (*richterliche Aufklärungspflicht*) per essere interrogate su tutti i fatti rilevanti, sanzionato dalle stesse pene previste per la mancata comparizione dei testimoni (45); a quello francese, che con la riforma del 1942 ha attribuito al giudice il potere di ordinare anche d'ufficio la comparizione personale e l'interrogatorio delle parti, condotto senza prefissione delle domande e con facoltà, da parte del giudice, in caso di mancata comparizione o di rifiuto di rispondere, di « en tirer toute conséquence de droit » (art. 336 cod. proc. civ.) (46).

c) Oltre che nella possibilità di immediato contatto con le parti (obbligate in vario modo a sottostare all'*inquisizione giudiziale*), l'accrescimento dei poteri del giudice si è manifestato con l'attribuzione di una iniziativa diretta, quanto alla deduzione della prova ed alla acquisizione dei mezzi di prova. Ciò è accaduto anzitutto in quei processi civili « speciali », in cui le finalità sociali, che si sono sopra ricordate, giustificavano l'attribuzione al giudice di una funzione « ausiliaria » della parte socialmente più debole. Ad esempio, il codice italiano del 1940, che pure è stato il meno avanzato, nel quadro dei moderni movimenti di riforma ed ha sostanzialmente mantenuto le tradizionali limitazioni dei poteri del giudice, ha concesso al pretore ed al conciliatore (e quindi nelle liti di minor valore economico) il potere di disporre

(44) In tal senso, Cappellotti, *La testimonianza della parte* cit., I, p. 357 ss., il quale distingue tra principio inquisitorio in senso sostanziale (che indica l'abolizione del vincolo del giudice alla allegazione dei fatti) e principio inquisitorio in senso processuale (che indica l'abolizione del potere monopolistico delle parti rispetto alle iniziative probatorie).

(45) Si vedano, al riguardo, i rilievi del Rosenburg, riferiti dal Calamandrei, nella rassegna *I processi civili tedeschi contro le recenti riforme del processo civile*, in questa Rivista, 1924, I, p. 366.

(46) Che la riforma comporti l'attribuzione al giudice di « pouvoirs de nature inquisitoriale », è affermato dal Debbasch, *Procédure administrative* cit., p. 377.

d'ufficio la prova testimoniale quando le parti, nell'esposizione dei fatti, si siano riferite a persone in grado di conoscere la verità (art. 317) e nelle controversie individuali del lavoro ha attribuito al giudice il potere di disporre d'ufficio tutti i mezzi di prova che rienga opportuni (art. 439). E non è senza significato che le norme relative a quest'ultimo tipo di processo siano state recentemente estese ai giudizi avanti le sezioni specializzate agrarie (legge 2 marzo 1963, n. 320) (47): d'altronde, proprio il processo agrario è stato indicato come un tipo di giudizio alle esigenze del quale gli schemi del processo a carattere puramente dispositivo sarebbero inadeguati (48), ed altri ha accostato il processo agrario al processo del lavoro sotto la comune qualificazione di « derecho procesal social » (49).

A prescindere da questi processi speciali, peraltro, il tradizionale vincolo del giudice alle iniziative probatorie delle parti appare largamente attenuato anche nei processi ordinari. L'esempio più rilevante in tal senso è dato dalla recente riforma francese del 1958, che ha consentito al giudice di interrogare i testimoni su qualsiasi fatto, la cui prova sia ammessa dalla legge, prescindendo dai temi fissati nel provvedimento ammissivo della testimonianza, ed inoltre di disporre l'audizione di qualsiasi persona la cui testimonianza « lui paraît utile à la manifestation de la vérité » (attuale art. 264 cod. proc. civ.). Orientamenti in questo senso sono emersi anche nei lavori preparatori della riforma della ZPO germanica (50).

d) Infine, non è mancata neppure la tendenza ad infirmare quello che sembrerebbe l'ultimo baluardo di una concezione non meramente burocratica della funzione giurisdizionale: il principio del contraddittorio. Ciò si è verificato soprattutto nell'atteggiamento della giurisprudenza di taluni paesi riguardo

(47) Cfr. in argomento, Denti, *Un nuovo caso di processo inquisitorio?*, in questa Rivista, 1963, p. 422.

(48) Cfr. Cappellotti, *Il problema processuale del diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrici delle costituzioni moderne*, in Riv. dir. proc., 1963, p. 573.

(49) Così Fix Zamudio, *Estructuración del proceso agrario*, in Rev. Fac. Der. Mexico, 11 (1961), p. 179 ss.

(50) Cfr., infatti, quanto è detto in Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, herausgegeben vom Bundesjustizministerium Bonn 1961, p. 238 ss.

alla perizia, la cui importanza sempre crescente nel processo (dovuta alla necessità di far ricorso a competenze tecniche eccedenti la cultura dell'uomo medio) (51) si è accompagnata con la tendenza a consentire, attraverso l'opera del perito, l'acquisizione di prove non apportate direttamente al processo dalle parti, in contraddittorio fra loro. Ciò si è verificato in Italia, ove la giurisprudenza è giunta ad ammettere l'efficacia vincolante per il giudice di perizie svoltesi al di fuori e prima del processo (52) ed in Francia, dove la giurisprudenza ha consentito al giudice, in presenza di una perizia svolta senza l'osservanza delle regole del contraddittorio, di utilizzarne i risultati, malgrado la sua irregolarità, finendo con l'introdurre « un pouvoir d'appréciation du juge qui se rapproche de l'investigation personnelle » (53).

4. — Il quadro, che sopra si è tracciato, dell'evoluzione del diritto delle prove nei paesi di *civil law*, porta a considerare non del tutto infondata la conclusione cui recentemente si è pervenuti nella dottrina francese, ossia che si vadà realizzando quello che è un dato storicamente acquisito degli ordinamenti di *common law*: la unità della disciplina civile e di quella penale della prova (54). Unità che, per certi aspetti, può essere agevolata dalla contemporanea evoluzione in senso « accusatorio » (o meglio sarebbe dire, forse, « più contraddittorio ») del processo penale; evoluzione che ha avuto particolare rilievo in Francia col passaggio, avvenuto nel 1959, dal « Code d'instruction criminelle »

(51) Sul fatto che l'estendersi della perizia porti, come fatale conseguenza, alla *disparition du juge*, cfr. Levy-Bruhl, La preuve cit., p. 117, il quale controbatte questa tendenza con l'esatto rilievo che « le juge est tout autre chose qu'un technicien: c'est un représentant de la collectivité ».

(52) Si veda, infatti, circa l'ammissibilità di una perizia effettuata dal Genio Civile prima del processo, ai fini di accertare le condizioni dell'immobile, in applicazione dell'art. 10 della legge 23 maggio 1950, n. 253, Cass. 9 luglio 1960, n. 1841, in Mass. Foro It., 1961, c. 402. La questione è stata troncata in radice dalla decisione della Corte costituzionale 22 dicembre 1961, n. 70 che, anche col richiamo al principio del contraddittorio, ha affermato la illegittimità costituzionale della disposizione citata: in argomento, cfr. Cappellotti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, in Giur. cost., 1961, p. 1284.

(53) Cfr. Debusch, op. cit., p. 370-71.

(54) Stearl, La preuve en justice cit., p. 7, il quale afferma che « l'unification des règles d'administration de la preuve devant les diverses ordres de juridiction est-elle réalisée - e consideri questo fatto - une véritable révolution qui marquera dans l'histoire du droit français ».

al « Code de procédure penale », ma che è una caratteristica dei movimenti di riforma nel campo del processo penale anche in altri paesi. Si è detto, a questo proposito, che « la tendenza riformatrice mira ad un risultato che allontanerà sempre di più il processo penale dalle caratteristiche della giurisdizione volontaria » (55): ciò porterebbe, in ultima analisi, a considerare le norme probatorie particolari delle due forme di tutela come un riflesso della disciplina delle situazioni sostanziali oggetto dei rispettivi giudizi (e quindi come norme « sostanziali », piuttosto che « processuali »), mentre la tecnica probatoria in senso proprio finirebbe con l'unificarsi, dando luogo ad un *corpus commune* di norme sulle prove, secondo il modello anglo-americano.

L'evoluzione in tal senso del diritto delle prove non sembra trovare, sul piano teorico, sostanziali opposizioni, poiché quella che potrebbe essere definita la « rivolta contro il formalismo » delle regole probatorie, e che si risolve necessariamente nel proclamare la libertà di valutazione del giudice, trova consenzienti sia gli studiosi che la invocano per consentire al giudice la più ampia utilizzazione dei mezzi di indagine sui fatti, offerti dal progresso delle scienze empiriche (56), che gli studiosi i quali la considerano, invece, un presupposto per il ritorno ad un'attività « critica » e non « tecnica » del giudice, fondata sulla « logica della ragione pratica », anziché sulle « tecniche della ragione naturale »: in altri termini, per il ritorno al concetto della prova come *argumentum* (57). Positivism ed antipositivismo, razionalismo e irrazionalismo, sembrano dunque incontrarsi nell'infrangere i tradizionali limiti legali alla libertà di prova e nel porre il giudice al centro dell'attività probatoria, dotato dei poteri necessari per accostarsi (« tecnicamente » o « criticamente ») ai fatti della causa. Le reazioni a questi orientamenti sembrano muovere da pre-

(55) Liebman, Intorno ai limiti della giurisdizione volontaria cit., p. 281.

(56) Cfr., ad esempio, Legouis, Les règles de preuve cit., p. 23 ss. Sul punto, si vedano i rilievi del Giuliani, *Il concetto di prova cit.*, p. 249, nota 49, il quale osserva che « la libertà di valutazione della prova, auspicata dai fautori della verità materiale, è legata ad un atteggiamento scientifico: la identificazione della prova giuridica con il concetto di prova elaborato dalle scienze empiriche ».

(57) Cfr. Giuliani, *op. cit.*, p. 245 ss.; Massu, Contributo all'analisi del giudizio, Milano 1963, p. 111 ss. Contro questa corrente di pensiero, si veda Pisani, *Intorno alla prova come argomentazione retorica*, in Riv. dir. civ., 1959, I, p. 458 ss.; Andrioli, Volontà e giudizio nel processo civile, in Annali Fac. Giur. Univ. Genova, I, 1962, p. 120.

messe piuttosto « politiche » che teoretiche o dogmatiche. La difesa della neutralità del giudice, come regola classica del processo civile, è affermata, infatti:

a) per garantire la libertà delle parti nella difesa dei propri interessi privati, facendosi eccezione alla regola soltanto laddove siano in gioco nel processo situazioni a carattere pubblico (58):

b) per garantire l'imparzialità del giudice, che sarebbe posta in forse dal suo intervento nell'istruttoria, tendenzialmente portato a far pendere il giudizio nella direzione stessa in cui muove la sua ricerca (59).

Né l'una né l'altra di queste difese, impegnate su una concezione sostanzialmente « liberale » del processo civile, resiste peraltro all'impulso delle correnti innovatrici, agli occhi delle quali le esigenze che si vorrebbero garantire finiscono con l'apparire come l'espressione del conservatorismo professionale dei giuristi, non molto dissimile dalle difese delle posizioni economiche puramente liberistiche, di fronte alla moderna economia programmata (60). Invero, la presenza sempre più vasta di interessi pubblici nelle controversie civili, insieme col diffondersi di procedure speciali sottratte alle norme del processo ordinario, restringe di giorno in giorno lo spazio riservato all'interesse privato e finisce, quindi, col far prevalere l'eccezione sulla regola, nella determinazione dei poteri probatori del giudice (61). L'imparzialità dell'organico giudiziario, d'altronde, sembra apparire piuttosto un problema di tecnica interna del processo, dal momento che la si

(58) Cfr., ad esempio, Solus, *Le rôle du juge dans l'administration de la preuve in Traité de l'Association H. Capitant*, V, Paris 1950, p. 128; Motulsky, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, in *Etudes de droit contemporain*, II, Paris 1959, p. 354; Viennet, *Le rôle du juge dans la direction du procès civil*, in *Etudes de droit contemporain. Contributions françaises au VI Congrès int. de droit comparé*, Paris 1962, p. 326.

(59) Cfr., a questo riguardo, i rilievi del Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in questa Rivista, 1960, p. 560.

(60) Si vedano, ad esempio, le critiche del Pochon, *Procédure dirigée?*, in *Daloz*, Chr. 1961, p. 75, alle recenti riforme francesi. La difficoltà di conciliare la concezione tradizionale del processo civile con il « dirigismo » moderno appare anche in quanto scrive il Van Reepinghen, *Le rôle du juge dans le procès civil*, in *Rapport belge au VI Congrès int. de droit comparé*, Bruxelles 1962, p. 197.

(61) Sul problema dell'estendersi dei poteri probatori del giudice nei processi dominati dall'*Untersuchungsmaxime*, si veda da ultimo, per il diritto tedesco, Peters, *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess*, Köln u. Berlin 1962, p. 72 ss.

ritiene salvaguardata dall'attribuzione di poteri inquisitori ad un altro organo statale: il pubblico ministero (62). Questa soluzione, accolta dal codice italiano del 1940, considera peraltro il problema soltanto *a parte iudicis* (e quindi sul piano dell'incompatibilità psicologica tra giudice e parte), mentre ne trascura le conseguenze dal punto di vista delle parti private, alle quali l'attività processuale del pubblico ministero sottrae pur sempre il monopolio dell'istruzione probatoria.

Dovendo dare un giudizio complessivo su queste tendenze evolutive (e rinviando alla fine del presente studio le considerazioni che, sul piano comparatistico, ne scaturiscono), sembra potersi affermare che nei paesi di *civil law* il decadere della tecnica processuale basata sull'autonomia iniziativa delle parti — per cui la prova dovrebbe essere, secondo una felice espressione, « l'oeuvre des parties réalisées contradictoirement » (63) — non è soltanto il riflesso della « pubblicizzazione » del diritto privato, ma anche la conseguenza di una situazione politico-sociale, che ha tra le sue componenti, da un lato lo *status* burocratico dei giudici (con tutti i fenomeni connessi), e dall'altro la crescente tendenza dei privati ad affidarsi al paternalismo statale. Giustamente si è osservato che « ogni passo compiuto nella direzione della pubblicizzazione del processo... va valutato con il metro della opportunità, un metro che deve tener conto della situazione etica politica culturale della società, e in particolare della magistratura, in un dato paese e in un dato momento storico » (64).

Nella situazione attuale dei paesi di *civil law*, le resistenze alla trasformazione in senso inquisitorio nel processo civile (resistenze che si sono verificate non soltanto nella fase delle riforme legislative, ma anche in quella della loro attuazione) (65) appaiono tanto più valide, quanto più costituiscono l'espressione non di un mero conservatorismo, ma della perdurante fiducia in una conce-

(62) Così, infatti, Liebman, *Fondamento del principio dispositivo cit.*, p. 559. Nello stesso senso, cfr. Addario, *Inquisitorio (principio)*, in *Notiss. dig. it.*, VIII, Torino 1962, p. 717.

(63) Legendis, *Les règles de preuve cit.*, p. 10.

(64) Cappellelli, *La testimonianza della parte cit.*, I, p. 373, nota 9.

(65) Si veda, ad esempio, per le riforme francesi del 1958, Motulsky, *op. cit.*, p. 375 e, per le riforme italiane del 1959, Calamandrei, *Processo e democrazia*, Padova 1954, p. 134 ss.

zione « dialettica » del processo (66): se fosse diversamente, non si comprenderebbe perché, parallelamente alla evoluzione in senso « inquisitorio » del processo civile, stia verificandosi quella in senso « accusatorio » del processo penale. Da questo punto di vista, la regola del *Verhandlungsprinzip* — contrariamente a quanto si è ritenuto — sembra avere una funzione non soltanto « strumentale » e non appare suscettibile, quindi, di essere manipolata a piacere, finché resti intatto il principio dispositivo « in senso sostanziale »: essa, infatti, corrisponde ad una determinata concezione del processo come tecnica dei rapporti sociali, che ha nel contraddittorio delle parti il suo cardine essenziale.

In un mondo in trasformazione, ma ancora fermo ai principi della democrazia politica, come quello dei paesi di *civil law*, anche le concezioni del processo risentono della non chiara visione del modo come le ideologie sociali (e, quindi, anche la sempre minor « neutralità » della società stessa verso l'accertamento giudiziale del fatto) possano conciliarsi con la struttura ancora essenzialmente « liberale » del processo civile. Ciò che è evidente, comunque, è che il presentare le riforme come semplici innovazioni « tecniche », neutrali rispetto alle scelte di politica legislativa (67), significa ignorare il reale volto dei problemi: il principio dispositivo processuale è una « tecnica » allo stesso modo come è una « tecnica » il metodo parlamentare; entrambi esprimono dei valori nei quali si può avere o non avere più fede, ma che necessariamente vengono chiamati in causa allorché si propugna la loro riforma.

5. — Nei paesi di *common law* — nei quali, com'è noto, la *law of evidence* è storicamente una formazione giurisprudenziale — i movimenti di riforma hanno operato nel senso di attuare od auspicare interventi legislativi di contenuto sempre più vasto, e non limitato al tradizionale carattere puramente *ancillary* delle norme

(66) Al riguardo, si leggano le pagine del Calamandrei, *op. cit.*, p. 121 ss. Va rilevato, peraltro, che uno studioso assai equilibrato e di grande esperienza storica, come il Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire* cit., p. 54, ritiene che un progresso sensibile nell'amministrazione della giustizia sarebbe realizzato se il processo cessasse di essere « un duel entre deux adversaires », per divenire « un problème à résoudre grâce à la collaboration des intéressés et du magistrat ».

(67) Questo modo di pensare è presente soprattutto nello scritto del Carnacini, *Tutela giurisdizionale* cit., p. 759 ss.

probatorie degli *statutes* rispetto ai diritti sostanziali nei medesimi disciplinati (68).

Il processo civile nei paesi di *common law* è sostanzialmente caratterizzato, per gli aspetti che qui interessano: a) dalla presenza della giuria la quale, secondo i giuristi anglo-americani, ha determinato la formazione stessa delle norme probatorie come « norme di esclusione », aventi lo scopo di selezionare il materiale probatorio offerto alla valutazione dei giurati (69); b) dal carattere fondamentalmente contraddittorio dell'indagine sui fatti (*adversary system*), che è lasciata al libero gioco processuale delle parti; c) dalla preponderanza della prova orale sulla scritta, accompagnata col principio che « prova » valida è soprattutto la testimonianza resa oralmente, dalle parti o dai terzi, davanti al giudice (*viva voce in open court*) e sottoposta al vaglio della *cross-examination*. Non ritengo, invece, che si debba annoverare fra le caratteristiche del sistema probatorio di *common law*, in contrapposito a quello di *civil law*, la libertà di valutazione della prova (70), almeno nel senso in cui è intesa dai giuristi europei, ossia come « libero convincimento » (o « intime conviction ») del giudice. Non solo, infatti, le inammissibilità che derivano dalle *rules of exclusion* restringono considerevolmente la libertà di apprezzamento (*law of evidence*, d'altronde, ha un significato molto vicino a quello di « prova legale ») (71), ma il vincolo alle risultanze delle prove può apparire per certi aspetti più intenso di quello proprio dei sistemi probatori di *civil law* (72).

Ciò premesso, appare indubitabile che tutte queste caratteristiche della *common law*, relative al diritto delle prove, hanno subito in tempi recenti notevoli mutamenti, tali da attenuare in modo sensibile le divergenze di quel sistema rispetto agli ordina-

(68) Cfr. su questo punto, Nokes, *An Introduction to Evidence*, London 1956, p. 28.

(69) Ho già ricordato (supra, nota 13) come questa connessione storica delle *rules of exclusion* con l'istituto della giuria sia parzialmente negata dal Giuliani (*op. e loc. cit.*), con riferimento ad esperienze, come quella del diritto scozzese, che non hanno conosciuto il *jury trial*. Cfr. in argomento, in modo specifico, Nokes, *The English Jury and the Law of Evidence*, in *Tul. L. Rev.*, 31 (1956-57), p. 153.

(70) Così, invece, Giuliani, *Problemi metodologici* cit., p. 653.

(71) Cfr., sul punto, i rilievi del Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, trad. it., Milano 1962, p. 35.

(72) Si vedano, infatti, i rilievi del Sereni, *Aspetti del processo civile* cit., p. 14.

menti di *civil law*. Considero, naturalmente, l'evoluzione più recente, trascurando le riforme parziali che sono state apportate al diritto delle prove nello scorso secolo, sotto l'influenza del pensiero benthamiano, soprattutto per quanto riguarda la testimonianza delle parti e di altri soggetti interessati (73). Fra i due maggiori ordinamenti di *common law*, quello inglese e quello nord-americano, il primo ha conosciuto le più rilevanti riforme legislative, mentre il secondo è stato caratterizzato dal più intenso movimento di idee, in quanto le maggiori correnti del pensiero giuridico nella prima metà del secolo (e soprattutto il realismo) hanno influenzato anche la teoria delle prove.

Fatte queste considerazioni generali, il movimento evolutivo può così delinearci:

a) Anzitutto, la stretta connessione della *law of evidence* con la presenza della giuria nel processo si è andata progressivamente attenuando, sia perché in Inghilterra la giuria stessa è quasi scomparsa dalle cause civili (74), sia perché anche negli Stati Uniti, dove l'istituto sembra ancora profondamente radicato, il diffondersi delle procedure amministrative ha generalizzato un tipo di processo sottratto alle comuni norme probatorie. Non sono pochi, anzi, quelli che guardano alla procedura delle *administrative agencies*, proprio perché svincolata dal formalismo restrittivo delle *exclusionary rules*, come un modello cui dovrebbe ispirarsi la disciplina dei giudizi civili ordinari (75).

D'altronde, la critica all'istituto della giuria come elemento che rende imprevedibile l'accertamento processuale dei fatti, è stato uno dei temi fondamentali del realismo americano nel campo delle auspiccate riforme processuali: quando non se ne è addirittura proposta l'abolizione, si è chiesta una maggiore selezione dei giurati secondo specifiche competenze tecniche, e di conseguenza

(73) Cfr. al riguardo, l'ampia illustrazione del Cappiellotti, *La testimonianza della parte cit.*, II, p. 431 ss. (per l'Inghilterra) e p. 454 ss. (per gli Stati Uniti).

(74) Si afferma, peraltro, che, se anche è ormai normale che il giudice togato proceda a quell'accertamento dei fatti, che una volta era il compito della giuria, egli lo compie nello stesso modo come farebbe la giuria: così Hanson, *Civil Procedure in France and England*, in *The Cambridge Law Journal*, 10 (1950), p. 416. L'efficienza va accolta con qualche riserva, poiché l'assenza della giuria influenza sensibilmente l'applicazione delle *exclusionary rules*.

(75) Cfr. Davis, *Evidence Reform: The Administrative Process Leads the Way*, in *Minn. L. Rev.*, 34 (1950), p. 581.

l'abbandono delle *rules of exclusion*, appunto come espressione di fiducia nell'operato delle giurie (76). Anche al di fuori di questa corrente di pensiero, peraltro, tutti gli orientamenti nel senso di una maggiore « razionalizzazione » delle regole probatorie, ispirata ad una concezione tecnica e scientifica dell'indagine sui fatti, hanno manifestato un atteggiamento critico verso la giuria, la cui difesa sembra oggi prevalentemente « politica », da parte di chi la considera come « an integral part of the freedom of mankind » (77).

b) In secondo luogo, il tradizionale *adversary system of litigation* tende a modificarsi sensibilmente, sottraendo alle parti qualcosa del loro monopolio sull'acquisizione delle prove: ciò si è verificato soprattutto con l'evoluzione del principio della *judicial notice* e della regola della *expert testimony*.

La dottrina della *judicial notice* (che trova parziale corrispondenza in quella del *notorio* nei sistemi di *civil law*, ma si estende anche alla conoscenza di norme giuridiche) consentiva al giudice, tradizionalmente, di acquisire quali fonti di prova fatti di comune conoscenza, prescindendo dall'attività delle parti. Nell'evoluzione più recente, si tende a spostare la base della *judicial notice* dai fatti di comune conoscenza a quelli « capable of certain verification », ed a considerarla come il mezzo per acquisire al processo i dati offerti dalle nuove conoscenze scientifiche (78).

Ancor più importante è l'evoluzione che si sta verificando a proposito dell'*expert testimony*, che costituisce uno dei punti di maggiore divergenza fra il sistema probatorio di *common law* e

(76) Si vedano, sul punto, i ragguagli del Tirvello, *Il realismo giuridico americano cit.*, p. 197. Un'esposizione riassuntiva del pensiero dei giuristi nord-americani sulla giuria e sulle sue riforme, è contenuta nel recente libro del Joiner, *Civil Justice and the Jury*, Englewood Cliffs, N. J., 1962.

(77) Così la recensione alla citata opera del Joiner, in *Iowa L. Rev.*, 48 (1963), p. 1088. Va aggiunto che la presenza della giuria nei processi civili costituisce negli Stati Uniti una garanzia costituzionale (VII emendamento), se pure soltanto per la giustizia federale, e quindi la sua soppressione presenta problemi molto diversi da quelli che si sono avuti in Inghilterra, in assenza di norme costituzionali rigide.

(78) Cfr., in argomento, McCormick, *Judicial Notice*, in *Vand. L. Rev.*, 5 (1952), p. 296 ed in particolare p. 323 ss.; Morgan, *Judicial Notice*, in *Some Problems of Proof Under the Anglo-american system of litigation*, New York 1956, p. 36 ss.; Davis, *Judicial Notice*, in *Col. L. Rev.*, 55 (1955), p. 945. Per le proposte di riforme legislative in argomento, cfr. Hartwig, *Congressional Enactment of Uniform Judicial Notice Act*, in *Mich. L. Rev.*, 40 (1941), 174.

quello di *civil law*, poiché l'*expert witness* altro non è se non un testimone di parte, e il suo apporto al processo della conoscenza e della valutazione tecnica dei fatti avviene nell'ambito del tipico metodo contraddittorio o « dispositivo » di acquisizione delle prove. Ora, il movimento di riforma, particolarmente vivo negli Stati Uniti negli ultimi decenni, tende a sottrarre alle parti private la disponibilità della prova peritale, per farla procedere da un incarico giudiziale (79). In tal senso si sono pronunciati i progetti di riforma, dal « Model Expert Testimony Act » (elaborato dai Commissioners on Uniform State Laws nel 1937, come « Uniform Act », e riproposto come « Model Act » nel 1943), il quale ha avuto qualche limitata attuazione legislativa ed è stato sostanzialmente trasfuso nel « Model Code of Evidence » (approvato dall' American Law Institute nel 1942); sino alle « Uniform Rules of Evidence » (elaborate dai Commissioners on Uniform State Laws nel 1953). Qualche settore della prova peritale, come quello medico, ha progredito più decisamente in questo senso, con la creazione, per iniziativa delle corti, di albi di esperti, fra i quali viene designato dal giudice il perito (80). Si riconosce apertamente che in tal modo vengono eliminati (o fortemente attenuati) gli *adversary aspects* della prova peritale, secondo la *law of evidence*, ma si ritiene che ciò sia essenziale ad una più obiettiva acquisizione al processo della prova medesima (81).

c) Infine, anche la preponderanza della prova orale è stata sensibilmente attenuata dalle recenti riforme. In Inghilterra, l'*Evidence Act* del 1938 ha notevolmente ampliato i limiti di ammissibilità della prova documentale, consentendo la produzione di documenti in un maggior numero di casi di quelli prima previsti come eccezioni alla *hearsay rule*, senza richiedere la deposizione orale dell'autore della dichiarazione documentata (82). Negli Stati Uniti, molte norme recenti (particolarmente il *Civil*

(79) Sulla evoluzione storica della *expert testimony*, si veda Ladd, *Expert Testimony*, in *Vand. L. Rev.*, 5 (1952), p. 414 ss.

(80) Cfr. in argomento, « *Impartial Medical Testimony. A Report by a Special Committee of the Association of the Bar of the City of New York on the Medical Expert Testimony Project* », New York, 1956 e Broderick, *The Physician as Expert Witness*, in *Notre Dame Lawyer*, 34 (1959), p. 181.

(81) Cfr., sul punto, Ladd, *Expert Testimony*, cit., p. 430 ss.

(82) Cfr. sull'*Evidence Act* inglese, l'illustrazione del De Rosis, *Rassegna* cit. p. 183 ss. e del Nokes, *An Introduction to Evidence* cit., p. 311 ss.

Practice Act di New York, che costituisce attualmente, con le *Federal Rules of Civil Procedure*, l'esempio più avanzato di legittimazione processuale) hanno notevolmente agevolato la prova dell'autenticità dei documenti (83). Anche qui, dunque, la notevole divergenza rispetto ai sistemi di *civil law* viene gradatamente riducendosi, pur dovendosi rilevare che l'oralità caratteristica del processo di *common law* necessariamente assicura alla prova non documentale un ruolo tuttora preminente.

6. — Si è già osservato come il mondo giuridico nord-americano abbia dimostrato, negli ultimi decenni, un interesse vivissimo per i problemi della riforma della *law of evidence*: d'altronde, ciò costituisce un aspetto del notevole livello conseguito dagli studi sulle prove nella dottrina giuridica di quel paese, portata a respingere sempre più decisamente l'arcaico sistema probatorio della *common law*. Le ragioni per cui questo movimento di riforma non ha sinora conseguito, sul piano legislativo, risultati adeguati alla sua importanza, sono in parte legate alla stessa struttura costituzionale statunitense che non ha consentito, neppure per la giustizia federale, di divenire, per il diritto delle prove, a quella radicale modernizzazione delle strutture processuali che è stata l'adozione, nel 1938, delle *Federal Rules of Civil Procedure* (84).

Si tratta, infatti, di superare le difficoltà insite, da un lato, nella limitazione dei poteri normativi della Corte Suprema alla sola disciplina processuale, e, dall'altro, nelle restrizioni costituzionali imposte dal principio enunciato dalla stessa Corte nel caso *Erie RR. v. Tompkins*, per cui non si potrebbe comunque — laddove le corti federali sono competenti per diversità di cittadinanza — sottrarre al diritto degli stati le norme probatorie, la cui applicazione sia idonea ad influenzare il risultato della causa (85). Queste difficoltà, peraltro, non sono ritenute insuperabili dagli studiosi nord-americani, i quali oppongono alla prima l'af-

(83) Cfr., in argomento, Richardson, *The Law of Evidence*, Brooklyn-New York, 1955, p. 589 ss. e Levin, *Authentication and Content of Writings*, in *Rutgers L. Rev.*, 10 (1956), p. 632.

(84) È noto che le *Federal Rules* (le quali hanno poi subito varie revisioni) sono state emanate dalla Corte Suprema, a seguito di autorizzazione del Congresso, con l'*Enabling Act* del 1938 (38 U. S. C. § 2072).

(85) Cfr., per un'illustrazione di questi problemi, Dent, *Intorno alla relatività della distinzione fra norme sostanziali e norme processuali*, in questa *Rivista*, 1964, p. 64 ss.

fermazione della natura processuale delle norme probatorie che dovrebbero, come tali, essere totalmente ricondotte alla competenza federale (86), ed alla seconda la prevalenza, nella riforma del diritto probatorio, di « countervailing policy considerations », ispirate all'interesse pubblico per un *fair trial* e per la corretta ricerca della verità nel processo, e tali da consentire di superare, comunque, le limitazioni costituzionali della *Erie doctrine* (87).

Si auspica, così, l'adozione di « Federal Evidence Rules », alla cui promulgazione potrebbe conseguire, in tutto il paese, lo stesso impulso innovatore che hanno avuto le *Federal Rules* del 1938 (88): il modello cui si guarda, a tal fine, sono le recenti « Uniform Rules of Evidence » (89), le quali, per conto loro, continuano ad essere oggetto di attenzione e di rielaborazione, in un ambiente più maturo per così radicali innovazioni di quanto non fosse quello che accolse il *Model Code* nel 1942 (90). Se, quindi, già all'epoca dell'elaborazione del *Model Code* si ritenne impossibile addivenire ad un « Restatement » del diritto delle prove (come fu fatto per altre materie anche processuali), di fronte all'esigenza di rompere decisamente con la *law of evidence* tradizionale (91), attualmente le posizioni degli studiosi sono ancora più avanzate e tutte le regole tradizionali della *common law* sono poste sotto accusa: la *hearsay rule*, la *opinion rule*, i vari *privileges*, e via dicendo.

Le principali direzioni in cui si muove il pensiero riformatore nord-americano sembrano essere le seguenti:

(86) In tal senso, Degnan, *The Law of Federal Evidence Reform*, in *Harr. L. Rev.*, 76 (1962), p. 275.

(87) Costi Ladd, *Uniform Evidence Rules in the Federal Courts*, in *Virginia L. Rev.*, 49 (1963), p. 692.

(88) Sull'importanza delle *Federal Rules*, la cui entrata in vigore ha segnato la fine dell'età dell'innocenza per i problemi del processo, cfr. Hazard, *Research in Civil Procedure*, New York 1963, p. 4.

(89) Cfr. il « Preliminary Report on Federal Evidence Rules » dello Special Committee on Evidence of the Judicial Conference, in *F. R. D.*, 30 (1963), p. 73.

(90) Si vedano, in argomento, le importanti raccolte di studi: « A Symposium on Minnesota and the Uniform Rules of Evidence », in *Minn. L. Rev.*, 40 (1956), p. 297, e « The Rutgers University Symposium on the Uniform Rules of Evidence », in *Rutgers L. Rev.*, 10 (1956), p. 479, 646.

(91) Si legga quanto scrive in proposito il Morgan, nell'introduzione al *Model Code of Evidence* dell'*American Law Institute* (1942), laddove osserva (p. 13) che il diritto delle prove si trova attualmente al punto in cui era il diritto delle *form of actions* e dei *pleadings* nella prima metà del XIX secolo.

a) Anzitutto, la stessa natura di norme di esclusione, propria delle regole della *law of evidence*, è oggetto di critiche, e si ritiene che il principio razionale debba essere quello della libera ammissibilità della prova, salva la valutazione dei suoi risultati da parte del giudice, in base a criteri obiettivi, conservando la limitazione dell'indagine soltanto laddove siano in gioco ragioni di *policy* sociale, a protezione di interessi determinati (92).

b) In secondo luogo, si auspica che nella valutazione dei risultati delle prove si faccia applicazione dei moderni criteri scientifici, quali hanno già trovato adesione da parte di altre scienze sociali (93). In particolare, richiama l'attenzione degli studiosi sull'impiego della logica della probabilità (94), dei metodi della moderna psicologia (95) e della teoria della comunicazione (96): in generale, di ogni metodo di ricerca che valga a « razionalizzare » l'indagine giudiziale intorno ai fatti. E non manca neppure l'interesse per gli aspetti della tecnica probatoria che mettono in gioco la posizione « sociale » della parte rispetto ai fatti da provare, in quanto le limitazioni alla libertà di prova possono favorire la conservazione dello stato di fatto esistente e rafforzare i privilegi economici (97).

c) Infine, la tendenza a razionalizzare il procedimento probatorio si accompagna con quella, già segnalata, ad attenuare il

(92) Si vedano, in tal senso, le conclusioni del già citato scritto del Loevinger, *Facts, Evidence and Legal Proof*, p. 439. Cfr. anche Ladd, *The Relationship of Exclusionary Rules to the Problem of Proof*, in *Minn. L. Rev.*, 18 (1954), p. 506.

(93) Questa applicazione dei metodi scientifici ai problemi giuridici è auspicata soprattutto dalla corrente di pensiero che va sotto il nome comprensivo di *Jurimetrics*: intorno alla quale si veda, per un panorama delle applicazioni nei vari campi (comportamentistica, cibernetica e impiego di calcolatori elettronici, logica e logica matematica applicate al ragionamento giudiziale, ecc.) il recente fascicolo di *Law and Contemporary Problems*, 28 (1963), p. 1 ss.

(94) Si veda, ad esempio, lo scritto del Ball, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standard of Proof*, in *Vand. L. Rev.*, 14 (1961), p. 807.

(95) Cfr. ad esempio, Marshall, *Psychology and the Trial: Some Challenges to Law*, in *Col. L. Rev.*, 63 (1963), p. 197.

(96) Cfr. Cleary, *Evidence as a Problem in Communicating*, in *Vand. L. Rev.*, 5 (1952), p. 277.

(97) Cfr., sul punto, i rilievi del Loevinger, *op. cit.*, p. 437 ss., il quale peraltro osserva che nei processi penali la situazione può rovesciarsi, in quanto le *exclusionary rules* valgono talvolta a rafforzare la difesa delle libertà personali. L'analisi dei riflessi sociali delle norme di esclusione risale al Bentham, *Teoria delle prove giuridiche*, trad. It. III, Bergamo 1824, p. 5 ss.

tradizionale *adversary system* e ad accentuare i poteri di controllo e di direzione del giudice sull'andamento del *Trial* (98).

Il quadro complessivo, che si desume da questo vasto movimento di riforma, presenta indubbiamente una notevole affinità con la contemporanea evoluzione del diritto delle prove nei paesi di *civil law*; ma — come si è in precedenza sottolineato (*retro*, § 1, *sub b*) — non si deve trascurare il ben diverso terreno politico, sociale e istituzionale, nel quale le auspiccate riforme sono destinate ad operare. Un esame comparatistico, infatti, non può fermarsi ad accostamenti « in termini normativi », ma deve valutare le « differenze fra i diversi sistemi, le quali giacciono sotto la superficie delle norme positive » e che di queste norme determinano in modo rilevante l'interpretazione e l'applicazione (99).

7. — Esaminando l'evoluzione del diritto delle prove nei paesi socialisti, va tenuto presente anzitutto che, parlando di « processo civile » in quei paesi, si designa un aspetto dell'attività giurisdizionale che ha confini più limitati di quelli che gli sono propri nel mondo occidentale. Infatti, un vasto settore delle controversie commerciali (e precisamente quello che concerne le imprese di stato, le cooperative, ed in genere le organizzazioni economiche pubbliche) è sottratto ai giudici civili ed è demandato ad organi arbitrari statali, o comunque ad organi di giurisdizione speciale, i quali non soggiacciono totalmente alle regole dei processi ordinari (100). Tutto questo, d'altronde, non è se non un aspetto di

(98) Cfr., al riguardo, i rilievi del Morgan, nella citata introduzione al *Model Code*, p. 13 ss. e, da ultimo, sulla tendenza generale ad ampliare i poteri discretionali del giudice nella condotta del processo, Hazard, *Research in Civil Procedure* cit., p. 91.

(99) Cfr., per questo aspetto del *factual method*, Schlesinger, *Il « nucleo comune » dei vari sistemi giuridici: un nuovo campo di studi comparativi all'orizzonte*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 17.

(100) Vi sono organi arbitrari di Stato in Russia e commissioni arbitrari di Stato in Polonia: Cfr., per la Russia, Schenker, *L'arbitrato statale sovietico*, in *Ann. dir. comp.*, XXVI (1950), p. 13. La procedura avanti gli organi arbitrari in URSS è stata nuovamente regolata in modo completo nel 1963: cfr., in argomento, il resoconto in *Sovetskaja iustitsia*, 1963, n. 16, tradotto in *Soviet Law and Government*, 1963-64, II, 3, p. 57 col titolo *The New Rules for Consideration of Economic Disputes by State Arbitration Agencies*. L'autonomia della Jugoslavia si manifesta anche in questo campo, poiché la procedura avanti i Tribunali economici è regolata nel recente codice di procedura civile del 1957 (art. 45-42 e ss.), con rinvio, tranne qualche disposizione particolare, alle norme del processo ordinario.

quella pubblicizzazione del diritto privato che è la caratteristica più saliente degli ordinamenti socialisti i quali, a questo riguardo (e quindi anche con riferimento al processo civile), non hanno fatto che portare alle estreme conseguenze le premesse teoriche del socialismo europeo.

In questa sede, peraltro, interessano soltanto i movimenti più recenti di riforma del diritto delle prove (101), ossia l'evoluzione che lo stesso ha subito quando il diritto sovietico ha abbandonato la staticità propria dei primi decenni della sua attuazione storica e soprattutto quando, da un lato, nella Russia sovietica si è attuata una nuova legislazione processuale che rappresenta, sotto molti aspetti, un ritorno ai principi « occidentali » e, dall'altro, nei paesi dell'est europeo, si è modificata, in ossequio ai nuovi orientamenti politici del dopoguerra, la legislazione processuale precedente, avviandosi o attuandosi profonde riforme, che appaiono vicine al primo stadio del diritto sovietico, piuttosto che a quello attuale. La ragione di ciò sta nel diverso grado di sviluppo in senso socialista dei rispettivi regimi: mentre in Russia, dopo il XX Congresso, si assiste ad un relativo consolidamento delle strutture economiche e sociali (102), e pertanto si attenua la funzione attiva del giudice, come cooperatore nello stesso processo rivoluzionario (e conseguentemente il giudizio tende a riprendere il suo ruolo di attuazione delle norme preesistenti) (103), negli altri paesi dell'est europeo la fase di costruzione della società socialista è ancora in atto e la rottura con i vecchi sistemi porta ad accentuare l'opposizione alle regole del processo « borghese ».

(101) Per un'esposizione sintetica della storia delle leggi processuali in Russia e negli altri paesi dell'est europeo dal XIX al XX secolo, cfr. Gwiazdomorski e Cieslak, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, in *Revue de la Société Jean Bodin*, tome XIX, La preuve, Bruxelles, 1963, p. 50 ss. dell'estr.: Hazard e Shapiro, *The Soviet Legal System*, New York 1962, p. 111 ss.; Franck, *Appunti sul processo di cognizione sovietico* cit., p. 241 ss.

(102) Cfr., in argomento, Ginsburg, *Socialist Legality in the USSR*. Since the XX Party Congress, in *Am. Journ. Comp. Law*, 1957, p. 546.

(103) Su questa evoluzione, cfr. Hazard e Shapiro, *The Soviet Legal System* cit., p. 115 ss.. Cfr. anche Bierman, *Justice in the USSR*, New York 1963, p. 309. Sulle direttive politiche per il ritorno alla legalità nell'operato degli organi giudiziari, cfr. lo scritto del Kulikov, in *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1963, n. 7, tradotto in *Soviet Law and Government*, 1963-64, II, 3, p. 33, col titolo *Enhancing the Educational Role of Socialist Justice and Reinforcing Legality in the Activity of Judicial Agencies*.

Fatte queste premesse, per quanto concerne in particolare il diritto delle prove, va osservato:

a) La caratteristica più spiccata della concezione dell'attività giudiziale probatoria, nei sistemi socialisti, non è data tanto dai due noti principi della verità reale, od obiettiva (104) e dell'uguaglianza sostanziale delle parti (105), in sé considerati — si tratta, infatti, di idee direttive non estranee, come tali, all'evoluzione in senso pubblicistico dei processi civili europei — quanto piuttosto dal particolare significato che l'applicazione dei due principi assume nell'indagine processuale sui fatti, secondo la concezione dei giuristi socialisti. L'attività probatoria, invero, cessa di apparire, in tale concezione, come un'operazione di verifica delle affermazioni delle parti intorno ai fatti della causa, e diviene una « filtration through the prism of the physical environment » (106), dialetticamente orientata, e che comporta sia un'analisi classista della situazione sociale nella quale sono situati i fatti oggetto della prova, sia l'impiego di un metodo dialettico di valutazione dei fatti medesimi (107). In questa concezione, non solo trova applicazione la teoria della conoscenza del materialismo dialettico, ma si concreta la funzione politico-sociale del giudice, come partecipe dell'opera di trasformazione della società.

b) Alla luce di questi principi, non solo il criterio della « verità obiettiva » assume un significato diverso da quello che gli è proprio nel mondo occidentale (dove è caratteristico del processo penale), ma il criterio della libera valutazione della prova, pure proclamato dai giuristi socialisti, si distacca nettamente da quello dell'*intime conviction*, che ha caratterizzato l'evoluzione dei processi civili europei. È questo un tema ricorrente nei giuristi sovietici, i quali non mancano di sottolineare che la teoria « borghese » della libera valutazione delle prove rappresenta nul-

(104) Cfr. Niehanner, *Processuale Mittel zur Feststellung der objektiven Wahrheit im sozialistischen Zivilprozess*, in *Staat und Recht*, 1954, p. 348 ss.

(105) I due principi della verità reale e dell'uguaglianza sostanziale delle parti (e, per converso, della verità formale e dell'uguaglianza formale) sono posti in stretta connessione dai giuristi socialisti: cfr., ad esempio, Abramov, *Sovetskij Grashdan-skij Prozess*, Mosca 1952, p. 48; Marga, *Einige charakteristische Züge des westlichen Zivilverfahrens*, in *Staat und Recht*, 1954, p. 228.

(106) Ginsburg, *Objective Truth and the Judicial Process* cit., p. 51.

(107) Si vedano, al riguardo, le affermazioni del Kleinman, riportate da Lazard e Shapiro, *The Soviet Legal System* cit., p. 114. Cfr. inoltre Wyszynski, *Theorie der gerichtlichen Beweise im sowjetischen Recht*, Berlin 1955, p. 27.

l'altro che un mascheramento del sostanziale carattere classista dell'attività giudiziale (108). Ed è un dato che occorre tener presente nel valutare le norme positive degli ordinamenti socialisti, nelle quali è enunciato il principio del libero apprezzamento: se è vero, infatti, che anche negli ordinamenti occidentali libertà non significa arbitrio, dovendo il giudice attenersi a criteri obiettivi e verificabili (come dimostra, nella sua perdurante validità, la dottrina delle massime d'esperienza) (109), è vero pure che « obiettività », per i giuristi socialisti, non significa ancora una volta « neutralità » del giudizio, ma aderenza all'unico modo possibile di conoscere la « realtà », che è dato dal materialismo dialettico, nella accezione del marxismo-leninismo.

Questi aspetti della teoria socialista delle prove — che trovano conferma nella già ricordata preminenza, al livello dei giudici di merito, di una giustizia non professionale, come elemento di rottura col vecchio ordine e di « politicizzazione » della funzione giurisdizionale — dimostrano la stretta connessione di tale teoria con la concezione marxista del diritto e della società (110). Non è possibile, quindi, porla a raffronto con analoghi orientamenti manifestatisi in regimi dittatoriali europei (mi riferisco soprattutto alle dottrine giuridiche del nazismo negli anni che precedettero la seconda guerra mondiale), senza porre a raffronto contemporaneamente i due sistemi politici e sociali: con che la misura di valutazione diviene necessariamente la validità storica delle due diverse esperienze politiche.

8. — Come si è rilevato, la recente evoluzione del diritto delle prove nei paesi socialisti non presenta un quadro uniforme, poiché di fronte al quarantennio di storia del diritto sovietico (il codice di rito civile sovietico è del 1923, mentre nel 1962 sono entrati in vigore i nuovi « Principi di procedura civile ») (111),

(108) Cfr., ad esempio, Abramov, *op. cit.*, p. 193 ss. e, in argomento, Gwiazdomonski e Cieslak, *La preuve judiciaire* cit., p. 85 ss.

(109) Cfr. in argomento, l'importante scritto del Pirius, *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, in *Jus*, 1955, p. 79 ss.

(110) Cfr. particolarmente Ginsburg, *Objective Truth* cit., p. 53 ss.

(111) Dei « Principi di procedura civile dell'Unione Sovietica e delle Repubbliche Federate », approvati dal Consiglio Supremo dell'URSS l'8 dicembre 1961 ed entrati in vigore il 1° maggio 1962, esiste una traduzione in lingua francese a cura del Dekkers, pubblicata dal Centre national pour l'étude des pays à régime com-

sta il recente processo storico di adattamento degli ordinamenti degli altri paesi socialisti alla nuova realtà politica; adattamento che è iniziato con modifiche parziali apportate alla legislazione previgente e che solo negli ultimi anni è sfociato nella introduzione o nella preparazione, di nuove codificazioni. Inoltre, il diverso grado di influenza esercitato dalla Russia sovietica sui paesi dell'est europeo si riflette anche nelle legislazioni processuali, poiché si passa da una recezione quasi integrale delle norme sovietiche ad una più o meno spiccata autonomia di soluzioni, alle quali concorre anche il diverso stadio evolutivo della disciplina e della scienza del processo nei vari paesi: infatti, si passa da ordinamenti ispirati al modello francese (il codice russo del 1864; il codice polacco del 1932) ad ordinamenti ispirati al modello germanico e austriaco (il codice ungherese del 1911; il codice jugoslavo del 1929; la legislazione cecoslovacca, facente capo contemporaneamente, per le diverse parti del territorio, alla ZPO austriaca ed al codice ungherese). In particolare, va rilevato:

a) I recenti « Principi » sovietici ribadiscono la funzione « ausiliaria » del giudice rispetto alle iniziative processuali delle parti (art. 16); l'assenza, come criterio generale, di una gerarchia predeterminata di efficacia delle prove (art. 17 e 19); il contemporaneo del principio del libero apprezzamento con l'ispirazione politica della valutazione del giudice (art. 19). Tuttavia, l'evoluzione in alto nel mondo sovietico dopo il XX Congresso ha portato ad una sensibile « liberalizzazione » delle norme processuali: si è, infatti, affermata chiaramente l'indipendenza del giudice e la sua libertà da influenze esterne (art. 9); si è ripristinato il diritto delle parti di modificare la domanda, di rinunciare alla pretesa e di riconoscerne il fondamento, tranne che questi atti siano contrarii alla legge (art. 24); si è riproposta la regola sull'onere della prova, stabilendo in via di principio che le parti debbono provare i fatti posti a fondamento delle domande o delle eccezioni,

munistic », Bruxelles 1961. Si veda anche, in argomento, Bardin, *The Principles of Civil Procedure of the USSR and the Union Republics* (traduzione da Soevskoe Gosudarstvo i Pravo, 1962), in *Soviet Law and Government*, 1962, I, p. 58, nonché Gurvic e Gherzon, *Le « Norme fondamentali » del diritto processuale dell'URSS e delle Repubbliche dell'Unione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 1624. Intorno ai lavori preparatori della riforma del codice russo, cfr. *Results of the Discussion of the Draft Code of Civil Procedure of the RSFSR* (trad. da Soevskaja justitsia, 1963) in *Soviet Law and Government*, 1963, II, 1, p. 22.

sia pure col temperamento del riconosciuto potere del giudice di disporre le prove, quando quelle prodotte dalle parti appaiano insufficienti (art. 18).

Si tratta di un'evoluzione che trova conferma nei « Principi generali di procedura penale » del 1958 e, con maggiore evidenza, nel codice di procedura penale russo del 1961: in particolare, nell'ampliamento dei diritti della difesa, nel divieto di fondare l'accusa sulla sola confessione dell'imputato, nel carattere più chiaramente contraddittorio dell'intero processo, sin dall'istruzione preliminare (112). Ovviamente, è difficile dire se, perdurando determinate esigenze politiche e sociali (e soprattutto le necessità « difensive » della società sovietica, che il nuovo corso dei rapporti con l'occidente non attenua, se pure non accentua) questa tendenza potrà tradursi, dall'astrazione delle formule legislative, in un concreto ripristino di garanzie individuali di fronte ai poteri del giudice nel processo (113): attualmente, comunque, il diritto probatorio sovietico va considerato alla luce di questo recente sviluppo evolutivo.

b) Nei paesi dell'est europeo si è verificato, nell'immediato dopoguerra, un adattamento della legislazione processuale prebellica ai principi socialisti; adattamento più rilevante laddove il processo civile era disciplinato da norme di tipo più liberale (come in Polonia) (114) e meno sensibile laddove la disciplina del

(112) Cfr., in argomento, Kuginski, *Le nouvelles code de procédure pénale de la RSFSR, in Revue de droit contemporain*, 8 (1961), p. 93; Ginsburg, *Objective Truth*, cit., p. 69; Perlov, *Problems of Further Development of Democratic Principles of Criminal Procedure in the Light of the Program of the Communist Party of the Soviet Union* (trad. da Soevskoe Gosudarstvo i Pravo, 1962) in *Soviet Law and Government*, I (1962), 48. In particolare, per la critica alle idee di Wyszynski circa il valore probatorio della confessione dell'imputato, e per il ripudio della applicazione fattane dalla giurisprudenza, si veda Kulikov, *op. cit.*, p. 38.

Il codice di procedura penale russo del 1961 può leggersi in *La réforme pénale soviétique, Code pénal, code de procédure pénale et loi d'organisation judiciaire de la RSFSR du 27 octobre 1961*, a cura di M. Ancel, Paris, Centre français de droit comparé, 1962.

(113) Cfr., in argomento, Berman, *The Dilemma of Soviet Law Reform*, cit., p. 929.

(114) Sulle leggi di riforma del cod. proc. civ. polacco, e soprattutto sulla importante legge 20 luglio 1950, cfr. Gwiazdonowski e Cieslaski, *La preuve judiciaire*, cit., p. 61; Wengerek, *Ueber den Stand des Zivilprozesses und der Zivilprozesslehre in Polen*, in *Zeil. f. Zivilpr.*, 72 (1959), p. 157; Walligunski, *Garantien für die Erforschung der Wahrheit im Zivilprozess*, in *Rechtswiss. Informationsdienst*, 1954, cit., 89 ss.; Zieminski, *La vérification des faits dans un procès judiciaire*, in *Logique et Analyse*, 1963, p. 385.

processo conteneva già regole suscettibili di estensione in senso inquisitorio (come nella Germania dell'est e in Ungheria) (115). Gli strumenti principali, sul piano della tecnica normativa, di questo adattamento, sono stati quegli istituti che già nella procedura « borghese » avevano un potenziale carattere inquisitorio: l'*Aufklärungspflicht* del giudice (§ 139 ZPO germanica) che è stato considerato come espressione del principio della verità obiettiva (116); il criterio della libera valutazione della prova, che è stato interpretato in senso difforme, come si è ricordato, da quello dell'*intime conviction*, proprio del processo « borghese » (117); l'obbligo di verità delle parti, che, attraverso lo strumento dell'interrogatorio d'ufficio, è divenuto un mezzo per la ricerca della verità da parte del giudice (118).

Si tratta, peraltro, di uno stadio ormai in fase di superamento, poiché, come è già avvenuto in Cecoslovacchia con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile (25 ottobre 1950) (119), in Bulgaria, col nuovo codice dell'8 febbraio 1952 e in Romania, col nuovo codice del 1956, si tende a promuovere una riforma generale della legislazione processuale ispirata ai principi socia-

(115) Nella Repubblica democratica tedesca, si è avuta soprattutto la riforma dell'ordinamento giudiziario con la legge 2 ottobre 1952, cui ha fatto seguito l'adeguamento di talune disposizioni della ZPO, mentre profondo è stato l'adattamento interpretativo, da parte della dottrina e della giurisprudenza, delle norme pertinenti ai nuovi principi politici. Cfr., in argomento, Gwiazdomorski e Cieslak, *op. cit.*, p. 63 ss.; Pichl, *Die sowjetische Zivilprozessordnung und ihr Einfluss auf den sowjetischen Zivilprozess*, Berlin 1955, p. 62 ss.; Ostmann, *Welche prozessrechtlichen Aufgaben stellen das neue Familienrecht ? in Neue Justiz*, 1955, p. 227; Cappiellati, *Interrogatorio della parte e principi generali del processo civile della Germania orientale e dell'Unione Sovietica*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 39; *La testimonianza della parte cit.*, II, p. 655 ss.

In Ungheria, il codice del 1911 è stato modificato con le leggi sulla procedura civile del 1952 e del 1954.

(116) Cfr., in proposito, Rothschild-Hintze, *Zur Bedeutung des § 139 ZPO*, in *Neue Justiz*, 1958, p. 641.

(117) Cfr. ampiamente Gwiazdomorski e Cieslak, *op. cit.*, p. 84 ss.

(118) Cfr., sul punto, Cappiellati, *La testimonianza cit.*, II, p. 662 ss.

(119) Sul significato di queste riforme nel quadro del diritto socialista, cfr. Boura, *La loi sur la procédure en matière civile*, in *Bull. de droit tchécosl.*, 1951, p. 19 ss.; Stalgr, *Protection des droits civils dans la procédure civile*, in *Bull. de droit tchécosl.*, 1953, p. 45. Sulle successive riforme processuali, cfr. Bydzovsky, *Les amendements au code de procédure civile*, in *Bull. de droit tchécosl.*, 1959, p. 421. In generale, sull'ispirazione politica delle riforme legislative in Cecoslovacchia, cfr. De Marial, *L'evoluzione del diritto nelle repubbliche popolari*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1953, p. 123 ss.

listi (120). Va aggiunto, anzi, che in questi movimenti di riforma si sono manifestate tendenze estreme, come quella che ha negato ogni giustificazione, in un sistema socialista, alla distinzione fra processo contenzioso e processo volontario ed ha propugnato la integrale « volontarizzazione » del processo civile (121): tendenze, peraltro, che appaiono destinate ad attenuarsi, di fronte all'evoluzione, sopra delineata, del diritto sovietico che costituisce semipre, per questi paesi, il modello ispiratore.

c) Infine, nel quadro dei paesi socialisti non è mancata un'evoluzione relativamente autonoma, parallela, d'altronde, alla autonomia politica nell'attuazione dei principi del socialismo, nella nuova legge processuale civile della Repubblica jugoslava del 7 dicembre 1956, entrata in vigore il 23 gennaio 1957 (122). Si tratta, infatti, di un codice più vicino ad una accentuata evoluzione dei principi già insiti nelle più avanzate codificazioni processuali europee (soprattutto nella ZPO austriaca) che ad una imitazione del modello sovietico. Ciò si rileva soprattutto, per quanto concerne il diritto probatorio, nella limitazione dell'indagine giudiziale ai fatti allegati dalle parti (123); nel carattere eccezionale del potere del giudice di disporre d'ufficio le prove (art. 6, 3° comma); nell'assenza di qualsiasi riferimento, in tema di valutazione delle prove, a criteri diversi da quello del prudente apprezzamento (art. 7); nell'efficacia vincolante della confessione giudiziale (art. 210); infine, nel carattere meramente sussidiario dell'interrogatorio delle parti, rispetto all'assunzione degli altri mezzi di prova (art. 253).

9. — A conclusione dell'indagine, sembra possibile ribadire un rilievo d'indole generale, già in precedenza accennato: non è

(120) Si vedano, ad esempio, gli scritti intorno al progetto di riforma del cod. proc. civ. polacco, apparsi nella rivista *Panstwo i Prawo* nel 1960 e riassunti in *Revue de droit contemp.*, 8 (1961), p. 175 ss.

(121) Cfr. Jodlowski, *Les principes de la procédure civile polonaise*, in *Rev. int. de droit comp.*, 1960, p. 368.

(122) Per un'illustrazione di tale legge, cfr. Lazarevic, *La loi de procédure civile du 7 dec. 1956*, in *Ann. Fac. de droit de Skopje*, 1958; Cappiellati, *La testimonianza della parte*, cit., II, p. 717. In particolare, sul diritto delle prove, cfr. Dimitrijevic, *La preuve dans le droit yougoslave*, in *Atti della XIII sessione della Società Jean Bodin* (Paris, 1959), scritto che mi è noto solo nel testo ciclostilato distribuito al convegno, non essendo ancora avvenuta la pubblicazione in volume dei relativi atti.

(123) Cfr., sul punto, Cappiellati, *op. cit.*, II, p. 720.

consentito in alcun modo considerare il problema della riforma del diritto delle prove come mero problema tecnico, che possa essere studiato con esclusivo riferimento alla « organizzazione interna dello strumento processo civile » (124), in vista del perfezionamento funzionale dei suoi congegni. Si tratta, ritengo, di una pericolosa illusione, frutto di un atteggiamento illuministico che considera gli istituti del processo suscettibili, in sé e per sé, di indefinito perfezionamento; illusione, d'altronde, in gran parte connessa con l'evoluzione in senso burocratico dell'attività giudiziaria, che è essa stessa considerata come attività « tecnica », riconducibile a procedimenti dotati del massimo grado di efficienza funzionale. Il pericolo di un simile atteggiamento sta nel ritenere che i processi moderni possano essere trasformati in laboratori di ricerche sperimentali (125), nei quali ciò che importa è l'uso corretto di determinate tecniche di indagine, chiunque le impieghi e su qualunque oggetto abbiano ad operare. Sembra così che iniziativa delle parti o iniziativa dell'ufficio, prove legali o prove liberamente valutabili, obbligo di verità e via dicendo, siano tutti meri espedienti tecnici, dei quali importi soltanto garantire il corretto impiego, avendo di mira la ricerca di una « verità » considerata non come il risultato di un'indagine condizionata nei suoi presupposti teorici, sociali ed istituzionali, ma come un dato esteriore ed obiettivo, empiricamente verificabile (126). Al contrario, l'evoluzione storica sopra delineata ha consentito di rilevare:

a) L'atteggiamento nei confronti dell'indagine giudiziale sui fatti è anzitutto condizionato da scelte teoriche. Un orientamento di tipo positivistico, infatti, necessariamente tende ad av-

(124) L'espressione, che ho avulso da un diverso contesto, è del Carnacini, *Tuella giurisdizionale* cit., p. 772.

(125) Un esempio caratteristico di simile modo di pensare è dato dal Gorphe, *L'appréhension des preuves en justice*, Paris 1947, p. 154, il quale auspica l'avvento della « phase scientifique » del diritto delle prove, nella quale « la preuve par excellence est fournie par l'expertise et qui cherche, non seulement à établir les faits, mais encore à les expliquer méthodiquement ». Al riguardo, si vedano i rilievi del Levy-Bruhl, *La preuve* cit., p. 33, il quale prospetta appunto questi orientamenti come intesi a far divenire il processo « une sorte de laboratoire ».

(126) Sul problema connessi con la ricerca della verità nel processo, si vedano le penetranti pagine del Pugliatti, *Conoscenza*, in *Enc. del Dir.*, IX, Milano 1961, p. 90 ss. ed, in particolare, p. 110, dove esattamente si nega la « distinzione artificiosa tra verità formale e verità materiale ».

vicinare l'operazione probatoria alla verificazione propria delle scienze empiriche (127), al tempo stesso che considera come optimum della politica legislativa nel campo delle prove una maggiore « razionalizzazione » dei procedimenti probatori, affidata all'impiego delle tecniche scientifiche e della logica della probabilità (128). Di contro, chi rivaluta il carattere argomentativo della prova e ripudia la « impersonalità » della dimostrazione (129), nonché la concezione oggettiva della probabilità (130), si affida alla « logica della ragione pratica », chiarendo i presupposti antiformalistici ed antipositivistici di tale corrente di pensiero (131).

Come si è visto, entrambi questi orientamenti tendono a superare il tradizionale sistema delle prove legali, per affermare il principio del libero convincimento giudiziale: tuttavia, nel primo è implicita l'esigenza di razionalizzare l'indagine giudiziale, riconducendola a criteri obiettivi che ne consentano il controllo, al fine di assicurare « la giustizia della decisione contro l'arbitrio » (132); mentre nel secondo si pone l'accento sull'individualità dei giudizi di valore che presiedono alla formazione del convincimento del giudice, e quindi sulla loro non verificabilità (133). Si tratta, com'è agevole rilevare, di atteggiamenti teorici che hanno larga risonanza nella cultura contemporanea: come si è visto, d'altronde, anche la teoria socialista delle prove si affida a premesse gnoseologiche, indicando i propri fondamenti nella teoria della conoscenza del materialismo dialettico. La scelta fra

(127) Cfr., ad esempio, Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, p. 25 ed *ibi* la nota 63.

(128) Cfr., sul punto, le conclusioni dello scritto del Loevinger, *Facts, Evidence and Legal Proof* cit., p. 436 ss.

(129) Cfr. Perelman, *La spécificité de la preuve juridique*, in *Journal des Tribunaux*, 74 (1959), p. 661 (si tratta della relazione al già ricordato congresso della Società Jean Bodin del 1959).

(130) Cfr. Giuliani, *Il concetto di prova* cit., p. 245 ss.

(131) Cfr. Huytinx, *Considérations sur le positivisme et la théorie de l'argumentation*, in *Logique et Analyse*, 21-24 (1963), p. 69 ed in particolare p. 73: « La théorie de l'argumentation est une réaction contre le cartésianisme et ses équivalents rationalistes, contre le positivisme... ». In argomento, si veda anche lo scritto del Cochet, *La théorie de l'argumentation et la philosophie analytique*, *ibi*, p. 80.

(132) Pirus, *Le maxime d'expérience* cit., p. 120, nota 1. Si vedano, sul punto, i rilievi del Giuliani, *op. cit.*, p. 244, secondo cui « breve è il passo tra un sistema razionale ed un sistema legale di valutazione della prova ».

(133) Cfr. De Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova 1957, p. 108 ss.; Massa, *Contributo all'analisi del giudizio* cit., p. 111.

l'uno e l'altro atteggiamento non può, quindi, essere inconsapevole, né può trascurare l'*engagement* ideologico che le diverse filosofie presuppongono.

b) Ancor più evidente, in quanto si è detto, è la presenza di scelte politiche nelle definizioni dei poteri rispettivi del giudice e delle parti nel procedimento probatorio. Ciò non solo e non tanto per gli inevitabili riflessi che spiega nel processo ogni orientamento di politica legislativa che incida sulla disponibilità dei diritti sostanziali, ma perché, come l'esperienza dell'ultimo cinquantennio di storia insegna, la stessa concezione del processo come *adversary system* si regge su una ideologia liberale e democratica (nel senso occidentale) della società civile. La caduta di questi valori, sia fine a se stessa (come nei regimi dittatoriali fascisti) o sia preordinata all'affermazione di valori di giustizia (come nei regimi socialisti), porta inevitabilmente con sé l'attenuarsi dell'iniziativa delle parti e l'affermarsi dei poteri del giudice: il processo, insomma, da dispositivo diviene inquisitorio. E c'è da domandarsi fin dove il prevalere di questo « paternalismo giudiziario » sia soltanto la conseguenza di una certa politica processuale o non sia piuttosto, ancor prima, un fatto di costume, connesso col decadere nella società di una autonoma e responsabile iniziativa individuale (134).

Il processo, dunque, non è affatto « neutro », nelle sue tecniche interne, rispetto agli orientamenti politici della società in cui opera. Si può anche pensare che la ricerca della c.d. verità « obiettiva » o « materiale » (che sarebbe facilitata dall'attribuzione al giudice di poteri inquisitori) sia in se stessa un fine, o un valore, cui valga la pena di sacrificare altri valori; allo stesso modo come la giustizia sociale può essere considerata un valore cui mette conto di sacrificare, in qualche modo, la libertà tradizionalmente intesa: ma occorre vedere chiaramente le implicazioni politiche di questa scelta, senza trincerarsi dietro la *neutralità* delle mere opzioni tecniche.

(134) Né vanno trascurati i fattori religiosi, connessi con determinati istituti probatori, come il giuramento il quale, secondo il Levy-Bruhl, *Réflexions sur le serment*, in *Etudes d'histoire du droit privé* o/series à P. Petit, Paris 1959, p. 385, « a perdu son principale raison d'être lorsque la société s'est laïcisée ». Al riguardo, si vedano anche gli interessanti rilievi del Minoli, *Considerazioni sul giuramento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 69 ss.

c) Infine, va ancora una volta sottolineato che la tecnica probatoria ha un senso soltanto se viene posta in relazione con gli uomini che la debbono impiegare: i giudici, gli avvocati e le parti stesse, nella misura in cui prendono un ruolo diretto ed attivo nel processo ai fini probatori. Si continua a ripetere che le *rules of exclusion* sono sorte per limitare l'indagine della giuria sui fatti, al fine di prevenirne gli errori, e che le regole di prova legale sono nate sul presupposto della sfiducia verso il giudice; ma non si studia adeguatamente quali riflessi abbiano sulla tecnica probatoria il progressivo venir meno della giuria (nei paesi di *common law*), ovvero l'evoluzione in senso burocratico della funzione giudiziaria (nei paesi di *civil law*). Eppure è chiaro che una giustizia altamente burocratizzata è quanto di più lontano si possa immaginare da un'indagine probatoria imperniata sulla « libera valutazione » del giudice e fondata sulle tecniche della « ragione pratica », anziché su quelle della « ragione naturale ». Ed è appena il caso di ricordare ancora quali riflessi abbia, sulla dialettica interna del processo, l'etica e la capacità professionale dell'avvocatura nei singoli paesi, e come la « testimonianza » stessa della parte sia direttamente influenzata dal sentire delle diverse società intorno ai valori della verità e della *bona fides*. Giova ripetere che le medesime soluzioni « tecniche » possono assumere un significato ed un valore ben diversi a seconda delle strutture sociali ed istituzionali nelle quali si inseriscono.

Da questo punto di vista, l'accostamento di esperienze processuali diverse, fatto sulla sola base delle indicazioni « normative », allo scopo di trarne suggerimenti per le riforme del diritto delle prove, appare — come si è già rilevato — unilaterale e pericoloso (135): il *factual approach*, con tutte le sue implicazioni politiche e sociologiche, è uno strumento di lavoro indispensabile non solo del comparatista come puro conoscitore di sistemi giuri-

(135) È questa la critica di fondo che può farsi all'opera del Cappelletti. La testimonianza della parte cit., che costituisce certamente, nella letteratura processualistica mondiale, il più importante contributo che sia stato dato, negli ultimi decenni, al ripensamento dei problemi della prova. Lo stesso Cappelletti, d'altro lato, ha dichiaratamente limitato la propria indagine, escludendone il piano « della sociologia e della storia della società » (op. cit., I, p. 19): ma, in un'opera che è tutto un manifesto programmatico a favore di una visione aperta e progressiva dei problemi del processo civile, questa limitazione appare ingiustificata e contraddittoria con il fine stesso della ricerca.

dici (136), ma di chiunque tragga ispirazione da indagini comparatistiche per suggerire riforme del proprio diritto interno. Nel campo del processo, non vi è altra materia che più del diritto delle prove rispecchi il travaglio politico, sociale e culturale del mondo contemporaneo.

VITTORIO DENTI

prof. ord. nell'Università di Pavia

(136) Cfr., da ultimo, Gorla, *Studio storico-comparativo della « common law » e scienza del diritto (le forme di azione)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 25 ss. ove anche richiami agli scritti precedenti dell'A. sul medesimo tema. Sulla necessità di estendere l'indagine comparatistica alla « social reality of the law », cfr. anche Hall, *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge, La., 1963, p. 61 ss.

DOCUMENTI

ORIENTAMENTI PER UNA RIFORMA DELLA CUSTODIA PREVENTIVA NEL PROCESSO PENALE (*)

Sommario: 1. Il problema della libertà personale nel processo penale. — 2. Cenni storici sulla finalità della carcerazione preventiva. — 3. Mancanza di un fondamento razionale ed etico della carcerazione preventiva. — 4. Direttive costituzionali. — 5. Profili della carcerazione preventiva in un processo di tipo accusatorio. — 6. Proposte di riforme urgenti dell'attuale codice di procedura penale.

1. — *Il problema della libertà personale nel processo penale.* — Il problema della libertà personale abbraccia tutte le ipotesi in cui venga limitato, in funzione del processo, l'interesse dell'individuo a che la propria attività esterna — in sé e per sé considerata — non sia in alcun modo turbata.

Alcuni di questi limiti sono delineati dall'art. 13 della Costituzione: « detenzione », « ispezione personale », « perquisizione personale ».

La stessa disposizione, però, con la formula d'apertura « qualsiasi altra restrizione della libertà personale » lascia intravedere una serie illimitata di possibilità giuridicamente concesse agli organi statuali di intervenire a limitare questa libertà.

Il Codice di procedura penale prevede, infatti, nei riguardi dell'imputato, accanto alla carcerazione preventiva, taluni istituti il cui effetto limitativo della libertà personale è evidente:

- a) l'accompagnamento coattivo dell'imputato (art. 251 cod. proc. pen.);
- b) i casi di « libertà vincolata » consistenti nella custodia senza « detenzione », che può essere disposta, per l'inferno nel « luogo in

(*) La presente relazione — redatta in collaborazione col Dott. Gaetano Pecorella — è stata presentata al IV Convegno Enrico De Nicola, promosso dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale.